

THÈSE DE
PARIS.
1888
N^o. 46.

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DROIT ROMAIN
DE
L'IRRÉVOCABILITÉ DES DONATIONS

DROIT FRANÇAIS
ÉTUDE SUR LE CONFLIT DES LOIS
SPÉCIAL A L'ALGÉRIE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

L'ACTE PUBLIC SUR LES MATIÈRES CI-APRÈS
Sera soutenu le mardi 5 juin 1888, à trois heures et demie

PAR

LÉON DUNOYER

AVOCAT A LA COUR DE PARIS.

Président : M. LABBÉ, professeur.

MM. RENAULT, professeur.

Suffragants : }

LAINÉ, professeur.

CHAVEGRIN, agrégé.

PARIS

A. DURAND ET PEDONE-LAURIEL, ÉDITEURS

Libraires de la Cour d'Appel et de l'Ordre des Avocats

G. PEDONE-LAURIEL, Successeur

13, Rue Soufflot, 13



Digitized by the Internet Archive
in 2026

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DROIT ROMAIN

DE

L'IRRÉVOCABILITÉ DES DONATIONS

DROIT FRANÇAIS

ÉTUDE SUR LE CONFLIT DES LOIS

SPÉCIAL A L'ALGÉRIE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

L'ACTE PUBLIC SUR LES MATIÈRES CI-APRÈS

Sera soutenu le mardi 5 juin 1888, à trois heures et demie

PAR

LÉON DUNOYER

AVOCAT A LA COUR DE PARIS.



Président : M. LABBÉ, professeur.

Suffragants : } MM. RENAULT, professeur.
 LAINÉ, professeur.
 CHAVEGRIN, agrégé.

PARIS

A. DURAND ET PEDONE-LAURIEL, ÉDITEURS

Libraires de la Cour d'Appel et de l'Ordre des Avocats

G. PEDONE-LAURIEL, Successeur

13, Rue Soufflot, 13

DE

L'IRRÉVOCABILITÉ DES DONATIONS

en Droit romain

Définition de l'irrévocabilité. Dans quel sens les donations entre-vifs sont irrévocables en droit romain.....	1
Donations entre-vifs déclarées révocables en vertu d'une clause expresse. Examen des différentes clauses de révocabilité.....	12
A. Condition potestative de la part du donateur.....	12
B. Charge de payer les dettes du donateur.....	20
C. Réserve d'un droit de disposition partielle ou totale...	22
D. Donation de biens à venir.....	25
Révocabilité des donations entre-vifs en vertu de la loi <i>Cincia</i> .	29
Donations à cause de mort.....	47
A. Peut-on renoncer à la faculté de révoquer sans faire perdre à la libéralité son caractère de donation à cause de mort?.....	50
Intérêt de la question. Assimilation des donations à cause de mort aux legs.....	58
B. Une donation entre-vifs affectée d'une clause de révocabilité <i>ad nutum</i> devient-elle une donation à cause de mort?.....	64
Question identique à propos de l'article 1096 du code civil.....	66
C. La donation faite sous la condition de survie du donataire à un tiers est-elle une donation à cause de mort?.	70
Donations entre époux....	75
Donations dans lesquelles figure un <i>filius familias</i>	80

DROIT ROMAIN

DE L'IRRÉVOCABILITÉ DES DONATIONS

DÉFINITION DE L'IRRÉVOCABILITÉ.

DANS QUEL SENS LES DONATIONS ENTRE-VIFS SONT
IRRÉVOCABLES EN DROIT ROMAIN

Les législateurs se montrent défavorables aux donations parce qu'elles font tort aux créanciers du donateur qui se dépouille sans compensation, parce qu'elles peuvent être le résultat d'adroites captations, et enfin parce que le donateur cédant à un entraînement irréfléchi se dépouille parfois inconsidérément sauf à regretter plus tard ses élans de générosité.

Malgré ces dangers, les donations ne sont pas absolument interdites parce que le droit de donner est un droit naturel, conséquence du droit de propriété qui permet de disposer de la façon la plus absolue.

Mais sans interdire absolument les donations, le législateur peut chercher un moyen de prévenir ou de diminuer les dangers qu'elles présentent.

L'intérêt des créanciers et l'intérêt de la liberté du donateur peuvent être sauvegardés par une publicité.

Mais que faire pour prévenir le danger de l'entraînement ? Le Code civil français en obligeant le donateur à se dépouiller irrévocablement semble provoquer ses hésitations, exciter les résistances de son propre intérêt contre les tendances d'une nature trop généreuse.

Le droit romain a-t-il cherché à prévenir par le même moyen les libéralités irréflechies ? On peut le croire car nous lisons dans les Institutes que les donations sont irrévocables : *Donationes sunt quas inter vivos appellamus quæ si fuerint perfectæ temere revocari non possunt* (Instit. Liv. II, tit. VII, § 2).

Quel sens faut-il attribuer à l'irrévocabilité des donations en droit romain ? Devons-nous dire qu'elle correspondait exactement à l'irrévocabilité des donations en droit français ? Nous ne le pensons pas.

Appliqué aux donations françaises, le mot irrévocabilité signifie que toute donation est nulle si le donateur se réserve un moyen quelconque de reprendre ce qu'il donne. Cette espèce d'irrévocabilité est propre au contrat de donation. Sans doute, un contrat à titre onéreux est irrévocable aussi en ce sens qu'une seule des parties qui y ont figuré ne peut se dégager de ses obligations contrairement à la volonté de son co-contractant, ni anéantir la convention par sa volonté unique.

Mais dans tout contrat, autre que la donation, une dérogation à cette règle est possible et l'on peut su-

bordonner l'existence du contrat à une condition dépendant d'une seule volonté.

Au contraire, dans la donation une réserve de cette sorte est absolument défendue, et toute clause tendant à contrarier l'irrévocabilité du contrat en réservant au donateur la ressource de révoquer directement ou indirectement sa libéralité, est nulle et de nul effet.

La règle française de l'irrévocabilité tire son origine de la maxime coutumière : *Donner et Retenir ne vaut*.

On sait pour quels motifs cette maxime fut admise par notre ancien droit. Dans un testament, une personne ne pouvait disposer que de la cinquième partie de ses biens propres, c'est-à-dire des biens qu'elle avait obtenus par succession ou par avancement d'hoirie ; la réserve des quatre cinquièmes de ces biens appartenant de plein droit à la famille légitime. Au contraire, par donation on pouvait aliéner tout son patrimoine. De là, la nécessité de protéger les personnes trop promptes à donner, contre des entraînements irréfléchis. La règle *Donner et Retenir ne vaut* fournit cette protection. Pothier l'explique en disant : L'attache naturelle qu'on a à ce qu'on possède détourne les hommes de donner.

Aujourd'hui, l'irrévocabilité des donations n'a plus la même raison d'exister. La quotité disponible est toujours la même, qu'il s'agisse de donations ou de legs. Le Code a effacé toute distinction entre les biens

propres et les acquêts, il n'y a donc plus la même obligation de transmettre à la famille descendante les biens venus de la famille ascendante, l'article 732 déclare en effet que la provenance et l'origine des biens n'ont aucune influence sur le droit de disposer.

Si l'irrévocabilité des donations n'a plus la même raison d'exister que dans le droit coutumier, pourquoi a-t-elle été maintenue ?

On dit qu'une raison de la règle peut encore être donnée. La possibilité d'une révocation entraverait la libre circulation des biens. Qui donc voudrait acquérir un bien sous la menace de s'en voir dépouiller ?

Le législateur a assuré la stabilité des propriétés en écartant toute incertitude du sort des biens donnés, il affermit le crédit des donataires.

Mais on peut croire que la pensée de mettre un obstacle aux donations excessives et irréfléchies est demeurée à l'état vague dans l'esprit du législateur. Il semble que ce soit à l'empire de la tradition qu'elle doive sa naissance. Si le législateur avait consacré la liberté absolue de donner, les particuliers seraient trop portés à donner des biens qu'ils se réserveraient de reprendre. Ils joueraient volontiers le rôle toujours beau de bienfaiteur sans s'imposer de trop grands sacrifices.

Si toute personne peut se dépouiller par testament avec la possibilité de révoquer la libéralité, du moins les dispositions qu'elle accomplit par son testament ne sont pas exécutoires de son vivant et ne lui pro-

curent, par conséquent, aucune satisfaction actuelle d'amour-propre et de sentiment. Lorsqu'on veut inspirer de la reconnaissance et en jouir soi-même, on choisit donc la donation entre-vifs.

Cette différence explique la suppression des donations à cause de mort par le Code civil dans l'article 893. La donation à cause de mort s'exécutant du vivant du donateur, procurerait le plaisir d'être et de se sentir donateur, la joie de recueillir la gratitude du gratifié, sans qu'un dépouillement irrévocable eût à jamais appauvri le disposant. Il y avait là un entraînement à craindre, en interdisant la donation à cause de mort, le législateur l'a prévenu. Il a dit aux donateurs, dans le Code civil : Voulez-vous être bienfaiteurs de votre vivant et acquérir droit à la reconnaissance ? Donnez en vous dépouillant absolument et irrévocablement. C'est là une nécessité à laquelle vous ne pouvez vous soustraire.

Maintenant que nous avons caractérisé dans quel sens l'irrévocabilité des donations françaises doit être comprise, examinons si l'irrévocabilité des donations romaines doit être entendue dans le même sens.

En droit romain, une donation ne diffère pas au point de vue de l'irrévocabilité d'un contrat à titre onéreux, et contrairement à ce que nous avons vu être la règle en droit français, il est permis au disposant d'insérer dans son contrat de donation une clause de révocation à volonté exactement comme il

pourrait le faire dans un contrat à titre onéreux. Appliqué aux donations romaines, le mot irrévocabilité signifie donc que si le donateur ne s'est pas réservé le pouvoir de révoquer en telle ou telle hypothèse, il ne peut, malgré son repentir, dépouiller le donataire du bien donné ; mais si le donateur prévoyant a gardé, par une clause expresse, un droit de révocation, aucun obstacle n'entravera l'exercice de ce droit. Le droit romain autorise une telle clause parce qu'il admet la validité de toutes les conventions qui ne sont pas contraires aux mœurs ou aux lois.

Cette faculté pour le disposant de se réserver un moyen de retirer au donataire l'objet de la donation nous est démontrée par plusieurs textes.

Dioclétien et Maximien disent (loi 9, Code, liv. VIII, tit. 54) : *Legem quam rebus tuis donando dixisti sive stipulatione tibi prospexisti, ex stipulatu...* Le donateur qui a conservé une action *ex stipulatu* pour reprendre ce qu'il a donné, pourra l'exercer à cet effet.

De même (loi 4, Code, liv. VIII, tit. 55) : *Perfecta donatio conditiones POSTEA non capit*. Tant que la donation reste imparfaite, des réserves peuvent y être introduites. Julien, dans la loi 1, princ. Dig. 39, 5, dit aussi : le donateur peut se dépouiller de manière que le bien devienne à l'instant la propriété de celui qui le reçoit, mais avec la condition qu'il fera retour au donateur au cas de tel événement ; *Ut sta-*

tim faciat accipientis ; si tamen aliquid factum fuerit, aut non fuerit, velit ad se reverti...

Remarquons que tous ces textes supposent l'aposition d'une condition à une donation, sans déterminer aucune sorte de condition et sans en exclure aucune. Il en résulte qu'une donation pourra être affectée également d'une condition dépendant de la volonté du donateur ou d'une condition indépendante de sa volonté.

Voici, d'ailleurs, un exemple de donation faite sous la condition de payer les dettes du donateur, c'est-à-dire sous une condition dépendant de la seule volonté du disposant ; loi 22, Code, liv. VIII, tit. 54 : *Cum res filio tuo emancipato ea conditione ut creditoribus tuis solveret te donasse proponas*. Le texte ne distingue pas entre les créanciers présents et les créanciers futurs du donateur, il est donc permis de supposer que le donataire accepte la charge des dettes futures et se soumet à la condition potestative qui affecte la donation.

Pourquoi donc, si le donateur romain peut, lorsqu'il a eu la précaution de s'en réserver la faculté, révoquer à son gré la libéralité qu'il a faite, le droit romain affirme-t-il l'irrévocabilité des donations entre-vifs ? *Donationes quas inter vivos appellamus, revocari non possunt...* C'est par opposition aux legs qui sont toujours et essentiellement révocables, et aussi pour distinguer les donations entre-vifs des donations à cause de mort qui sont de plein droit révo-

cables sans que le disposant ait besoin de réserver dans une clause spéciale son droit de révocation.

Les modes de disposer à titre gratuit en droit romain peuvent donc au point de vue de l'irrévocabilité se diviser en trois groupes.

1° Les legs, libéralités essentiellement révocables.

2° Les donations entre-vifs qui sont irrévocables lorsque le donateur n'a pas eu soin de se réserver expressément la faculté de révoquer, et dans lesquelles, à défaut de cette réserve, le droit de révocation ne se sous-entend pas.

3° Les donations à cause de mort qui sont de plein droit révocables au gré du disposant, mais dans lesquelles il est possible, comme nous le prouverons plus loin, d'insérer une renonciation à la faculté de révoquer *ad nutum*.

Nous trouvons entre les donations entre-vifs et les donations à cause de mort une différence notable, au point de vue de la révocabilité, qui est sous-entendue dans la donation à cause de mort tandis qu'elle n'est possible dans la donation entre-vifs qu'en vertu d'une clause expresse. Mais cette différence n'est pas à nos yeux ce qui caractérise la donation à cause de mort, celle-ci ne diffère pas seulement de la donation entre-vifs au point de vue de la révocabilité, elle s'en sépare aussi par une cause de caducité qui lui est propre et qu'on ne rencontre pas dans la donation entre-vifs.

La donation à cause de mort devient caduque par le prédécès du donataire au donateur, au contraire la donation entre-vifs peut produire tous ses effets alors même que le donataire prédécède au donateur.

Cette cause de caducité est le signe caractéristique de la donation à cause de mort.

Nous insisterons dans le cours de cette étude sur la différence irréductible qu'il fait naître entre les deux genres de donations en usage chez les romains.

Pour le moment, nous voulons seulement indiquer comment nous comprenons le droit romain :

En matière de donation, tout ce qui est moral est permis.

Au point de vue de la révocabilité :

Dans les donations entre-vifs il faut dire si l'on veut avoir le droit de révoquer.

Dans les donations à cause de mort la volonté de révoquer est présumée mais la volonté contraire peut être exprimée.

Quant aux legs, ils sont révocables essentiellement.

Ce système fondé sur la liberté a été renversé dans notre ancien droit coutumier par l'établissement d'une réserve appelée réserve coutumière. Aujourd'hui, la réserve coutumière n'existe plus, aurait-il fallu en conséquence revenir au système du droit romain ? Le législateur de 1804 ne l'a pas fait. Nous l'approuvons.

Nous avons déjà dit que, à la différence du droit romain, le droit français ne reconnaît plus qu'une seule catégorie de donations. Dans son art. 893 le code civil proscriit les donations à cause de mort. Nous pensons que c'est avec raison. En effet, dans le droit romain, ces donations répondaient à des besoins qui ont disparu de nos jours. Elles servaient surtout aux fils de famille qui, n'ayant pas la capacité de faire un testament, parce qu'ils étaient en puissance, les employaient au lieu et à la place des legs qui ne leur étaient pas permis. Aujourd'hui nous n'avons plus de fils de famille, cette utilité s'est donc évanouie. En outre, comme la donation à cause de mort avait sur le legs l'avantage de ne pas dépendre du bon vouloir de l'héritier institué, elle jouissait pour cette raison d'un assez grand crédit.

Avant que la donation à cause de mort fût supprimée dans le droit français, elle y apparaissait avec des règles propres qui lui donnaient un caractère hybride assez difficile à déterminer. Comme la donation entre-vifs, la donation à cause de mort devait être acceptée par le donataire du vivant du donateur, différant ainsi du testament qui est fait par le testateur sans le concours du légataire; mais comme le testament, elle était révocable au gré du disposant, différant sous ce rapport de la donation entre-vifs qui est essentiellement irrévocable.

Par suite, lorsqu'une personne avait fait une libéralité, il devenait souvent très difficile d'en déter-

miner la nature ; cette appréciation périlleuse fut une source de procès jusqu'au jour où le Code civil supprima la donation à cause de mort et proclama le principe de l'irrévocabilité essentielle de toutes les donations.

Nous pensons enfin qu'il ne faut pas regretter la disparition des donations à cause de mort parce que la faculté laissée au donateur, de révoquer à son gré sa libéralité eût été dangereuse. Elle eût rendu la propriété incertaine et par suite mis hors du commerce toute la masse des biens donnés. De plus, elle eût engendré des procès sans nombre en mettant les donataires en demeure de restituer des biens longtemps possédés et auxquels ils se seraient attachés comme à une propriété définitive.

DONATIONS ENTRE-VIFS DÉCLARÉES RÉVOCABLES EN VERTU
D'UNE CLAUSE EXPRESSE

Nous avons dit que le droit romain permettait de déclarer révocables par une clause expresse du contrat les donations entre-vifs. Examinons quels exemples les textes nous présentent de cette clause.

1° La donation est faite sous condition potestative.

2° La donation est subordonnée à la charge de payer les dettes du donateur.

3° Le donateur s'est réservé un droit de disposition.

4° La donation porte sur des biens à venir.

Que de telles clauses soient prohibées en droit français, rien de plus logique, puisque l'irrévocabilité est absolue, puisqu'elle est un caractère essentiel de la donation. Mais en droit romain l'irrévocabilité pouvant être écartée, recherchons par quels moyens elle l'était, et comment on dérogeait ainsi au droit commun.

A. Condition potestative de la part du donateur

Le Code civil reconnaît trois sortes de conditions qui peuvent affecter les contrats. Les conditions potestatives, casuelles et mixtes.

Cette division était-elle connue des Romains ?

Il est permis de le penser. En effet, la loi unique au Code § 7 Liv. 6 tit. 51 la reproduit :

Sin autem aliquid sub conditione relinquatur vel casuali vel potestiva, vel mixta, quorum eventus ex fortuna, vel ex honoratæ personæ voluntate, vel ex utroque, pendeat. .

Les Romains reconnaissaient la validité d'une donation faite sous condition potestative. La donation s'opérait souvent par voie de stipulation, or on pouvait affecter toute stipulation d'une condition qui ne fût ni impossible, ni illicite, ni immorale.

Mais il ne faut pas confondre la condition potestative qui fait dépendre l'exécution de la convention d'un évènement qu'il est au pouvoir de l'un des contractants d'empêcher ou de laisser se produire, avec la condition dont l'accomplissement dépend du *merum arbitrium*, de la pure volonté du *promittens*.

Si la première est valable, la seconde ne l'est pas. La loi 8 Dig. 44, 7 dit en effet : *Sub hac conditione: si volam, nulla fit obligatio*. Et la loi 46 Dig. 45. 1. § 3 *Illam autem stipulationem, si volueris dari ? inutilem esse constat*.

La promesse de donner faite sous la condition : *Si voluero*, est nulle ; mais la promesse de donner sous condition potestative est valable : (Loi 27, Dig. 45. 1. § 1^{er}). *Si stipulatus hoc modo fuero : si intra biennium Capitolium non ascenderis dari ? non nisi præterito biennio recte petam*.

La distinction se conçoit. En cas de condition sim-

plement potestative, la volonté n'entre pas seule en ligne de compte, le promettant n'est pas absolument libre de donner ou de ne pas donner car il ne peut se dispenser de donner que s'il s'abstient de monter au Capitole pendant deux ans. Il y a donc un premier évènement duquel dépend la faculté de donner.

La donation pouvait s'effectuer encore par voie de *datio*. Si le transport de propriété a lieu suivant le mode du droit des gens, c'est-à-dire par simple tradition, il est certain que la *traditio* peut être affectée d'une condition. Nous en trouvons la preuve dans la loi 29, Dig. 39. 6. *Si vero sic : ut jam nunc haberet ; redderet si convaluisset...*

Ce texte parle, il est vrai, d'une donation à cause de mort mais la donation entre vifs s'opère comme elle : *obligando, dando, liberando*. De plus, la condition de révocation dans l'exemple cité par Ulpien ne résulte pas de la nature de la donation à cause de mort, c'est une condition jointe volontairement par le disposant à la libéralité.

Le transport de propriété peut avoir lieu par voie de *mancipatio* ou d'*in jure cessio*. Le donateur peut-il alors joindre à sa libéralité une clause de révocabilité sous forme de condition potestative ? La difficulté vient de ce que ces modes de transférer la propriété sont des actes légitimes, non susceptibles de recevoir l'apposition d'une condition. En effet, la loi 77, Dig. Liv. 50, tit. 17, nous dit : *Actus legitimi... in totum vitiantur per adjunctionem conditionis.*

Il est utile de préciser le sens de ce texte. Distinguons entre la condition suspensive et la condition résolutoire. Nous appelons suspensive, la condition qui suspend la formation d'un droit, et résolutoire, celle qui en suspend l'extinction.

On sait que les Romains appelaient toute condition suspensive; ils distinguaient suivant que le droit lui-même est conditionnel ou bien pur et simple mais résoluble sous condition.

Ceci posé, examinons quelles conditions les actes légitimes excluent à raison de leur forme et de leur but.

Les conditions qui retardent la naissance même du droit, celles que nous appelons suspensives, lorsque elles sont apposées à une donation empêchent le donataire d'acquérir immédiatement un droit sur le bien donné, le transport de propriété n'a pas dès à présent tous ses effets, il faut attendre l'évènement ou la déchéance de la condition. Ce sont ces conditions là qui ne peuvent être jointes à une *mancipatio* ou à une *in jure cessio*, car le propre des actes légitimes est de produire instantanément un plein et entier effet. Ils sont en effet la fiction d'un fait accompli. Mais une donation réalisée par *mancipatio* ou *in jure cessio* peut être affectée d'une condition résolutoire, car cette condition ne modifie pas l'effet actuel de l'acte légitime, elle ne modifie même pas la nature du droit transféré puisque, dans le droit classique, la condition résolutoire en s'accomplissant ne retransférait pas

de plein droit la propriété ; elle faisait naître une obligation de retransférer, à la charge du donataire. La condition résolutoire n'empêchait pas la donation d'être immédiatement efficace, elle la menaçait seulement d'anéantissement : jusqu'à la réalisation de la condition, la donation produisait donc tous les effets d'une donation pure et simple.

Originellement, la condition résolutoire était probablement constituée par voie de *nuncupatio*, mais nous croyons que les Romains se servirent aussi d'un pacte joint à l'acte principal, pacte dans lequel l'*accipiens* s'engageait pour le cas où l'évènement conditionnel se produirait, à renoncer à tous les avantages de l'acte principal.

Supposons la donation réalisée par voie de stipulation. Le pacte joint *in continenti* à une stipulation fut considéré dès la fin de l'époque classique comme faisant corps avec la stipulation lorsqu'il avait pour objet de diminuer l'obligation. Le progrès alla plus loin et on finit par réputer compris dans le contrat les pactes même qui tendaient à grossir l'obligation.

C'est bien ce qui ressort d'un texte de Paul dont la portée absolue ne laisse place à aucune distinction (Dig., liv. 12, tit. 1^{er}, loi 40) : *Dicebam quia pacta in continenti facta stipulationi inesse creduntur.*

Rien ne pouvait empêcher le donateur d'exiger du donataire l'engagement de restituer conditionnellement. En effet, un tel pacte n'augmente pas ni ne diminue l'obligation de donner. Le quantum de la

donation n'en est pas modifié, c'est seulement l'effet de la donation qui peut en être atteint, en ce sens que le gratifié, après avoir joui pendant un certain temps du bénéfice de l'objet donné, se verra contraint à y renoncer.

En vertu du pacte de restitution *sub conditione*, joint à la stipulation par laquelle la donation a été réalisée, le donateur pourra exercer la *condictio causa data, causa non secuta* pour anéantir la donation. S'il a exécuté sa promesse, par la *condictio* il reprendra dans les mains du donataire l'objet même de la donation, et s'il ne l'a pas exécutée, il obtiendra du gratifié son *acceptilatio*, c'est-à-dire la remise de son engagement de donner.

Supposons maintenant que la donation a été réalisée par voie de *mancipatio* ou d'*in jure cessio*. Un pacte peut-il encore l'affecter d'une condition résolutoire ?

Pourquoi non ?

Si le pacte avait pour objet de modifier la *mancipatio* elle-même, on devrait certainement le regarder comme inutile ; mais il ne touche en aucune façon à la *mancipatio*, celle-ci reste entière et produit ses effets accoutumés, il y a seulement obligation éventuelle pour l'*accipiens* de faire à son tour la *mancipatio* de l'objet donné, au donateur.

Nous avons vu que les pactes joints *in continenti* à un contrat sont incorporés à ce contrat et sanctionnés comme lui lorsqu'ils n'aggravent pas l'obli-

gation, pourquoi un pacte joint à une *datio* n'aurait-il pas la même valeur lorsqu'il oblige à restituer seulement la chose reçue ? Un tel pacte doit être valable parce que l'obligation qu'il fait naître ne contient rien qui ne soit déjà dans la *datio*.

Un pacte de ce genre est inhérent à la donation pour cause de mort, car elle doit être restituée si le donataire prédécède. Cette donation est donc affectée d'une condition résolutoire tacite. Elle peut être réalisée par voie d'*in jure cessio* ou de *mancipatio*, parce que la condition n'est pas insérée dans l'acte légitime et n'en retarde pas l'effet. La donation à cause de mort est faite *hic et nunc*, sauf à être anéantie en cas de prédécès du donataire. L'effet de l'acte légitime ne deviendra définitif qu'au moment de la mort du donateur. Or, si la donation à cause de mort qui est essentiellement conditionnelle peut être cependant réalisée par *in jure cessio*, la *donatio* entre-vifs affectée d'une clause de révocabilité pourra être réalisée de la même manière, car alors elle ne diffère plus de la donation à cause de mort.

Dans la *donatio sub modo* ne voyons-nous pas un pacte joint à une *datio* produire ses effets ? Un pacte de restitution ne peut-il pas être assimilé à un *modus* et devenir ainsi obligatoire pour l'*accipiens* ? (Loi 2, Code, liv. VIII, 55) : *Si rerum tuarum proprietatem dono dedisti, ita ut post mortem ejus qui accepit, ad te rediret, donatio valet. Cum etiam ad tempus certum vel incertum, ea fieri potest, lege scilicet, quæ ei imposita est conservanda.*

Le pacte pouvant renfermer une condition potestative de la part du donateur, nous sommes amené à conclure que la donation romaine pouvait être valablement affectée d'une clause de révocabilité.

Un tel moyen pour un donateur de revenir sur sa libéralité devait être fort usité. La loi 13 § 1^{er}, Dig. 39, 6, nous en donne cet exemple : *Nam, et sic potest donari... ut reddatur, etiamsi prior ex eadem valetudine donator decesserit, si jam mutata voluntate restitui sibi voluerit.*

Le pacte renfermant une condition résolutoire, joint à une *mancipatio* ou à une *in jure cessio* faisait naître au profit du donateur une *condictio sine causa*.

Lorsqu'un donateur transfère la propriété d'un bien en vue d'une cause qui est destinée à prendre fin à une époque déterminée ou bien « si tel événement arrive », ce donateur doit être muni de la *condictio sine causa* pour reprendre le bien qu'il a donné dès que le donataire n'aura plus aucune raison de le conserver.

Supposons enfin que la *donatio* a été réalisée par voie de *traditio*, le pacte joint produit encore ses effets (loi 48, Dig. 2, 14) : *In traditionibus rerum, quodcunque pactum sit, id valere, manifestissimum est.*

Mais le pacte n'a pas pour résultat d'anéantir rétroactivement le droit de propriété du donataire. Ce droit est, en effet, perpétuel. Le donataire sera obligé par le pacte de le retransférer au donateur, qui recouvrera le bien avec toutes les charges im-

posées du chef du donataire. Il faudra les respecter. Le donateur n'a pas, en effet, une action en revendication, mais une *condictio*. C'est sous l'influence du jurisconsulte Ulpien que l'idée de la propriété *ad tempus* est entrée dans le droit romain.

B. Charge de payer les dettes du donateur.

Le Code civil dans l'art. 945 annule cette clause. Quel était le système du droit romain à cet égard ? A la différence d'un héritier pour partie, un donataire d'une quote part des biens n'est pas tenu de payer les dettes du donateur.

(Constit. 15 Code 8. 54) *æris alieni quod ex hereditaria causa venit non ejus qui donationis titulo possidet, sed totius juris successoris onus est.*

N'exagérons pas toutefois cette idée que le donataire est affranchi de toute contribution aux dettes du donateur. Le donataire ne reçoit les biens donnés qu'autant que le donateur a de quoi payer ses dettes. En effet, les créanciers impayés peuvent intenter l'action Paulienne si les biens conservés par le donateur sont insuffisants à les désintéresser.

Le légataire d'une portion contribuait aux dettes du défunt dans la proportion des biens qu'il recueillait, au moyen des stipulations *partis et pro parte* intervenues entre lui et l'héritier. Un donateur peut-il imposer la même charge à son donataire, sans rendre nulle la donation ?

Peut-il au moyen d'une stipulation ou d'un pacte

joint *in continenti* à la donation faire naître cette obligation à la charge du donataire ?

La question est résolue par la Constitution 22 au Code 8. 54.

Le texte nous apprend que l'action en paiement des créanciers ne pourra pas être dirigée contre le donataire car ceux-ci n'ont pas figuré dans la stipulation, ils n'ont pas été partie au pacte.

Mais le donateur aura, en vertu de cette convention, une action pour obliger le donataire à désintéresser les créanciers.

En dernière analyse, une donation faite sous cette clause n'est qu'une *donatio sub modo*. Or les donations *sub modo* sont sanctionnées par l'action *præscriptis verbis* attachée aux contrats innommés *do ut facias, do ut des*.

(Loi 9 au Code 8. 54) *Legem, quam rebus tuis donando dixisti, sive stipulatione tibi prospexisti, ex stipulatu, sive non ; incerto iudicio, id est, præscriptis verbis, apud præsidem provinciæ debes agere ut hanc impleri provideat.*

C'est donc l'*actio præscriptis verbis* qui appartiendra au donateur contre son donataire. A la différence du droit français, la charge de payer les dettes du donateur n'annulait pas la donation. Et l'obligation pesait tellement sur le donataire que l'inexécution de cette charge était un cas de révocation comme le prouve la Constit. 2. Code 4. 6.

Comprenons bien pourquoi une action en révoca-

tion est donnée au fils du donateur, qui a succédé aux droits de son père. Ce n'est pas parce que la charge de payer les dettes a rendu nulle la donation, c'est parce que le donataire en ne se conformant pas à l'obligation qu'il avait acceptée en même temps que la donation, a démerité d'en conserver le bénéfice.

On voit par là que l'ordonnance rendue par les soins de d'Aguesseau en 1731, d'où résulte la prohibition de l'article 943 du Code civil, n'avait aucun fondement dans le droit romain.

C. *Réserve d'un droit de disposition partielle ou totale.*

Le Code civil considère comme une négation du principe de l'irrévocabilité la clause par laquelle le donateur se réserve la faculté de retrait total ou partiel du bénéfice cédé.

Voyons si les Romains pensaient de même. (Loi 37, § 3. Dig. 32). *Pater emancipato...*

Ce texte nous apprend qu'un père ayant fait à son fils une donation a pu valablement se réserver le droit de reprendre la totalité ou seulement ce qui restera des biens donnés, lorsqu'il en aura le désir. Il peut aussi indiquer une personne à qui le donataire devra remettre soit la totalité, soit une partie seulement des biens qu'il aura reçus.

Lucius Titius, *père*, meurt sans avoir usé pour lui de la faculté de retrait, mais il ordonne à son fils d'accomplir un fidéicommiss portant sur les objets

donnés. Lucius Titius, *fils*, donataire, consulte Scævola pour savoir si le fidéicommis peut lui être imposé quoiqu'il ne soit pas héritier et quoiqu'il n'ait pas demandé la *bonorum possessio*.

Scævola répond affirmativement : Car, dit-il, les héritiers du donateur ont pour l'obliger à exécuter le fidéicommis, l'action *ex stipulatu* ; et les fidéicommissaires gratifiés ont une action propre en vertu de la Constitution de l'empereur.

Nous avons encore ici une *donatio sub modo* parfaitement valable et la faculté de retrait est nettement indiquée par ces mots : *Cum ego volam... si vivam mihi aut cui ego volam reddantur, restituantur*.

Trouvons-nous dans les lois romaines d'autres applications de cette faculté de retrait laissée au donateur ?

On peut encore citer un exemple de disposition par testament, d'un objet compris dans une donation antérieure. C'est celui qui est contenu dans la Constit. 4, Code 8, 38, ainsi conçue : *Secundum responsum Domitii Ulpiani præfecti annonæ jurisconsulti amici mei, ea quæ stipulata est, cum moreretur, partem dimidiam dotis, cui velit relinquere : reddi sibi, cum moreretur, eam partem dotis stipulata videtur*.

Ce texte suppose qu'une femme après s'être constitué une dot en vue de son mariage a stipulé de son mari la restitution de la moitié de cette dot au cas où le mariage se dissoudrait par sa mort afin de pouvoir en disposer dans son testament au profit de

qui bon lui semblerait : *cui velit relinquere*. On sait que dans le droit romain classique la dot appartenait au mari, c'était une véritable donation faite par la femme à son époux ne donnant pas naissance à l'obligation de garantie. La réserve que la femme s'est faite du droit de disposer par testament d'une partie de la dot constitue une véritable faculté de retrait.

Si la femme n'use pas de cette faculté, on pourrait croire que la donation de la dot au mari survivant va devenir pure et simple.

Mais il faut tenir compte de la fin de notre texte. Il a été inséré au code après l'innovation de Justinien, d'après laquelle, dans toute constitution de dot, une clause de restitution en faveur de la femme serait toujours sous-entendue. Pour le mettre en harmonie avec cette innovation, les rédacteurs du code ont décidé que la part de la dot soumise au retrait serait restituée à la femme alors même qu'elle n'aurait pas usé de sa faculté de retrait. Quant à l'autre partie de la dot, dont la femme n'a pas parlé dans la stipulation et qu'elle n'a pas soumise au droit de retrait, il est probable qu'elle a voulu l'abandonner à son mari et qu'elle a renoncé à la faveur organisée par Justinien ; c'est ainsi que nous interprétons cette phrase de la loi : *Reddi sibi, cum moreretur, eam partem dotis stipulata videtur*.

D. *Donation de biens à venir.*

La donation de biens à venir était-elle possible en droit romain ?

La question est controversée. Ceux qui disent qu'à Rome on ne pouvait faire de donation portant sur des biens à venir oublient que la donation ne se réalisait pas toujours par voie de *datio*. Sans doute, pour procéder à une tradition, à une *mancipatio*, à une *in jure cessio*, il faut que les objets transmis soient présents ; et la déclaration que supposent les actes légitimes ci-dessus indiqués est impossible si le *tradens* n'a pas en son pouvoir actuel les biens qui en sont l'objet.

Mais la donation se réalise aussi par voie de stipulation et la stipulation faite *donandi causa* peut très bien comprendre des biens à venir que le donateur n'a pas dès à présent dans son patrimoine.

Ceux qui disent que la donation de biens à venir est impossible pourraient être tentés d'invoquer la loi 37, § 3, Dig. 32.

Il est vrai, diraient-ils, que Lucius Titius a fait à son fils une donation que le texte appelle donation universelle, mais cette donation quoique universelle ne comprend pas les biens à venir, puisque, à la mort du père, il y a des héritiers qui recueillent les biens acquis par le père depuis la donation et qui obtiennent la *bonorum possessio*.

Il suffit pour trouver la réponse à cet argument, de lire les premiers mots de la stipulation faite par

le donateur : *Quæ tibi mancipia, quæ que prædia donationis causa* TRADIDI, CESSI...

Tradidi, cessi... dit Lucius Titius. Donc ce qu'il a donné à son fils, il l'a livré par voie de tradition, d'*in jure cessio*, modes qui ne peuvent évidemment s'appliquer qu'à des biens présents.

Par voie de stipulation au contraire, il aurait pu donner même des biens non encore acquis et conférer au donataire le droit d'en exiger la tradition au fur et à mesure que les biens seraient entrés dans le patrimoine du donateur.

Nous en trouvons la preuve dans la loi 35, § 4, Code 8. 54.

Sed, et si quis universitatis faciat donationem... Coartari donatorem legis nostræ auctoritate tantum quantum donavit, præstare.

Justinien accorde en effet une action au donataire universel pour contraindre le donateur à livrer tout ce qu'il a promis, d'où il résulte que la donation universelle est valable.

La controverse dont la loi 35 au Code a été l'objet, mérite de nous arrêter quelques instants.

Dans la question de savoir si la donation de biens à venir était valable à Rome, M. de Savigny s'est fait une opinion qui repose sur la distinction de la donation de tous les biens présents et à venir et de la donation d'une quote-part des biens présents et à venir.

La donation de tous les biens présents et à venir devait être nulle, dit-il, car elle se ramène en somme

à un contrat sur la succession future du donateur et interdit à ce dernier toute disposition pour l'avenir.

Ce contrat eût de plus anéanti la faculté de tester, si précieuse aux yeux des citoyens romains. Enfin, le donataire même universel, n'étant qu'un simple successeur aux biens, il aurait fallu à côté de lui un véritable héritier pour livrer les biens donnés ; ce successeur à la personne eût été bien difficile à trouver, puisque son adition ne lui aurait conférer aucun avantage.

Au contraire, dit M. de Savigny, la donation d'une quote-part de biens présents et à venir est valable car le donateur peut tester de la part qu'il s'est réservée et la laisser à l'héritier chargé de délivrer l'autre au donataire.

Cette opinion est inadmissible car la loi 35, § 4, met sur le même plan la donation de tous les biens et la donation d'une quote-part des biens. Si l'une d'elles est valable, l'autre doit l'être aussi, le texte lui-même en fournit la preuve.

D'autres disent, si l'une d'elles est nulle, l'autre aussi doit être nulle ; la donation d'une quote-part des biens à venir est tout aussi inutile que la donation de tous les biens à venir. En effet, la loi 35, § 4 ne s'occupe pas des biens présents. La donation soit universelle, soit d'une quote-part seulement, ne comprend que des biens présents et ce qui le prouve c'est qu'il est question d'intenter une action contre le donateur pour le forcer à livrer les biens promis. Comme

on ne peut le forcer à livrer des biens à venir qu'il n'a pas encore en sa possession, la loi ne peut envisager que des biens présents.

La réfutation de cette explication nous est fournie par Furgole (commentaire de l'ordonnance des donations, art. 15, p. 122). Si l'on remarque que la loi 35 parle de la *querela de inofficiosi donationibus*, comme celle-ci ne peut être intentée que par les héritiers du donateur (donc, après sa mort), et sous le prétexte qu'il a porté atteinte à leur réserve par des donations excessives, on peut concevoir que l'action en livraison des biens donnés dont parle la loi 35 est intentée non contre le donateur lui-même mais contre les héritiers du donateur.

S'il en est ainsi, l'argumentation précédente ne se soutient plus. .

On objecte encore pour prouver que la loi 35 § 4 parle uniquement de biens présents, que dans le *principium* il est question d'un *CERTUM pondus*, c'est-à-dire d'une somme déterminée; que dans le § premier on lit « *si vero reditum CERTUM ex possessionibus donaverit* » et dans le § 2 « *si quis CERTUM numerum servorum donaverit* ». Par conséquent il est impossible qu'au § 4 la même loi parle d'une donation de biens à venir c'est-à-dire de biens indéterminés.

L'argument ne nous semble guère convaincant, car il est parlé dans un grand nombre de lois de donations de biens indéterminés, telles que donations universelles ou d'une quote part.

Exemples : Loi 8, Code 8, 56. *Bona omnia vel partem aliquam....*

Loi 5, Code Liv. 3, tit. 29. *Si totas facultates...*

Enfin on peut dire que la loi 3, Code 8, 54. considère comme valable la donation d'une chose essentiellement indéterminée : *Spem futuræ actionis plena intercedente donatoris voluntate posse transferri non immerito placuit.*

RÉVOCABILITÉ DES DONATIONS ENTRE-VIFS EN VERTU
DE LA LOI CINCIA.

Nous avons expliqué la loi 4 au Code Livre VIII titre 55: *Perfecta donatio conditiones postea non capit*, en disant que jusqu'au moment où la donation devenait parfaite, le disposant pouvait y insérer des clauses révocatoires. C'est la conséquence de la règle contenue dans la loi Cincia d'après laquelle toute donation imparfaite peut être anéantie, le donateur conservant toute liberté de revenir sur son intention libérale. Au lieu d'anéantir complètement la donation, le disposant peut seulement la diminuer, il est libre d'apposer à la donation toute condition ayant pour résultat de l'amoindrir. Au contraire, toute donation parfaite confère au donataire un droit incommutable si le donateur n'a pas eu soin avant que la donation vînt à perfection de se réserver la faculté de révocation.

C'est à cela que faisait probablement allusion

l'auteur de la phrase qui a passé dans les Institutes : *Quæ si fuerint perfectæ, temere revocari non possunt*. Les donations entre-vifs ne sont irrévocables qu'autant qu'elles sont parfaites.

Après avoir étudié les formes diverses que la réserve pouvait revêtir, nous devons maintenant examiner la question de savoir à partir de quel moment cette réserve ne pouvait plus être insérée dans la donation, c'est-à-dire à quel moment précis la libéralité devenait parfaite et définitive.

Le législateur a reculé le moment de la perfection dans un but de protection pour le donateur jusqu'à ce que celui-ci fût complètement dépouillé et eût rompu tout lien avec la chose donnée.

En effet, le législateur veut protéger le donateur contre l'irréflexion et l'entraînement. Or les actes qui ont caractère définitif sont considérés comme ayant la vertu de provoquer une réflexion plus profonde, car on se laisse plus facilement entraîner à accomplir un acte juridique incomplet. Pour ce motif, la loi Cincia fournit au donateur une *exceptio*, grâce à laquelle il peut résister à la demande du donataire tendant à l'achèvement de l'acte incomplet, c'est-à-dire à la perfection de la donation commencée.

Donc, sous l'empire de la loi Cincia, la question de l'irrévocabilité s'identifie avec la question de perfection en ce sens que toute donation imparfaite est révocable et toute donation parfaite, irrévocable.

Nous lisons dans la loi 5, Code 8, 56 :

Si donationem rite fecisti, hanc, auctoritate rescripti nostri, rescindi non oportet.

Dans cette phrase, *Rite facta* équivalait à *perfecta*.

La loi 6, Code 8, 56 contient des termes équivalents.

Velles nec ne filio tuo prædia item que mancipia donare, fuit in initio tibi liberum. Desine itaque postulare, ut donatio, quam perfeceras, revocetur prætextu mariti et liberorum absentiae : Cum hujus firmitas ipsorum præsentia non indigeat.

Avant la loi Cincia la donation était parfaite dès que le donataire avait acquis une action quelconque — réelle ou personnelle — pour obtenir l'exécution de la donation, ou un moyen de défense qui lui permit de résister à la demande du donateur qui avait fait, dans une intention libérale, l'abandon d'un droit qu'il avait précédemment sur le donataire.

Quelle était à cette époque la nature de l'irrévocabilité des donations ? Les donations s'opéraient par *mancipatio*, *in jure cessio*, *traditio*, ou bien par *acceptilatio*, *stipulatio*, *expromissio*, *delegatio*.

La donation n'existait pas en tant que contrat distinct ayant une individualité propre. Un acte quelconque fait avec l'*animus donandi* constituait une donation. La donation, dès lors, n'avait d'autre irrévocabilité que celle de l'acte sous le nom duquel elle s'opérait, elle était parfaite dès que cet acte était accompli. Puisqu'elle n'avait aucune forme propre, on pouvait la réaliser au moyen d'un acte juridique quelconque.

Tel acte qui, avant la loi Cincia, suffisait à opérer une donation ne constituera plus après la loi Cincia qu'un commencement de donation. Tant qu'à cet acte le donateur n'en aura pas ajouté un second complétant le premier et rendant la donation parfaite, celle-ci demeurera révocable.

Ceci apparaît parfaitement quand on examine les conséquences d'une *mancipatio* appliquée à une vente ou à une donation. La *mancipatio* suffit pour rendre la vente définitive; la donation, au contraire, n'est définitive que si à la *mancipatio* succède une tradition, qui dépouille le donateur de la possession de l'objet donné.

La loi Cincia divise les donations en deux catégories :

1° Donations *intra modum* et donations *extra modum* faites à des *personæ exceptæ*.

2° Donations *extra modum* faites à des *personæ non exceptæ*.

Les donations de la première catégorie sont irrévocables dès que le donataire a une action pour obtenir l'objet donné ou une exception pour le conserver, s'il l'a déjà en sa possession.

Ainsi, les biens sont *res Mancipi* : s'il y a eu mancipation sans tradition le donataire a une action en revendication ; s'il y a eu tradition sans mancipation il a l'*exceptio rei donatæ et traditæ* pour résister à la revendication du donateur.

C'est la seconde catégorie de donations qui nous

intéresse particulièrement. Les donations *extra modum* faites à des personnes *non exceptæ*, ne sont pas nulles ; ce sont des donations entre-vifs, révocables d'office en vertu de la loi, tant qu'elles demeurent *imperfectæ*.

Mais la loi ne donne pas au donateur qui se repent une action nouvelle pour conserver son bien, elle lui donne seulement une exception pour repousser la demande du donataire. Pour que le donataire ait encore une demande à former contre le donateur, il faut donc que celui-ci ait conservé un dernier lien avec l'objet donné, que le dépouillement ait été incomplet. La loi Cincia permet même au donateur de prendre les devants et d'avertir le donataire que la donation n'aura plus dans l'avenir aucun effet.

Passons en revue les diverses manières dont peut s'accomplir une donation.

Aliénation. — Avant la loi Cincia, il était inutile de distinguer entre les *res Mancipi* et les *res nec Mancipi*, la donation était toujours irrévocable. Si la *res Mancipi* n'a été donnée que par tradition, cela suffit puisque le donataire peut résister à la revendication du donateur par l'*exceptio rei donatæ et traditæ*.

Si la *res Mancipi* a été Mancipée mais non livrée, cela suffit encore, puisque le donataire a à sa disposition une action en revendication.

Avant la loi Cincia, la donation est irrévocable dès que l'acte qui la réalise est accompli. Après la loi

Cincia, il faut distinguer entre les *res Mancipi* et les *res nec Mancipi*. L'aliénation des unes ou des autres ne sera irrévocable qu'à partir du moment où le donateur n'aura plus aucun droit sur la chose donnée.

Pour les *res nec Mancipi*, la simple tradition suffit lorsqu'elles sont des immeubles. Nous verrons que la donation des meubles est l'objet d'un surcroît de précautions. Frag. Vatic. § 313 : *Donatio prædii quod nec Mancipii est traditione sola perficitur*.

Pour les *res Mancipi*, il faut à la fois une *Mancipatio* et la tradition. S'il n'y a eu qu'une *Mancipatio*, la loi Cincia fournit au donateur repentant l'*exceptio legis Cinciae* pour résister à la revendication du donataire.

S'il n'y a eu qu'une tradition, le donateur pourra exercer la revendication tant qu'il n'aura pas *Mancipé* ou tant que le donataire n'aura pas *usucapé*. Sans doute, ce dernier répondra par l'*exceptio rei donatæ et traditæ*, mais la loi Cincia donnera gain de cause au donateur en lui fournissant la *replicatio legis Cinciae* qui anéantira l'exception du donataire.

(Frag. Vat. § 313) : *Donatio prædii quod Mancipii est, inter non exceptas personas traditione et Mancipatione perficitur*.

Si la *res donata* est un meuble, le donataire devra remplir, outre les conditions exigées pour triompher en cas de donation d'immeuble, une nouvelle condition. Il devra avoir possédé le meuble pendant

plus de temps que le donateur, dans l'année qui précèdera la délivrance de l'interdit *utrubi*. Sinon, le donateur repentant élèvera sa contestation au sujet de la possession, il demandera la délivrance de l'interdit *utrubi*, triomphera dans cet interdit et recouvrera la possession ; puis, si le donataire revendique, il le repoussera par l'*exceptio legis Cincioe*.

Gaius, § 151 du commentaire IV : *At in utrubi interdicto non solum sua cuique possessio prodest, sed etiam alterius, quam justum est ei accedere : velut ejus cui heres extiterit, ejusque a quo emerit aut donatione acceperit. Itaque si nostrae possessioni juncta alterius justa possessio exsuperat adversarii possessionem, nos eo interdicto vincimus*. On tire une objection de ce texte de Gaius, on la formule en disant que le donateur ne pourra jamais l'emporter dans l'interdit, parce que le donataire joindra à sa propre possession, la possession de son auteur.

On peut répondre que l'*accessio possessionis* ne s'opère pas lorsqu'il y a litige entre l'auteur et l'ayant cause.

On s'étonnera peut-être des difficultés accumulées par le droit romain pour retarder l'instant de la perfection des donations mobilières. La révocation en est singulièrement facilitée.

Ce résultat ne découle pas d'une volonté expresse de la loi Cincia, c'est par interprétation qu'on le découvre. L'intention de la loi est que la donation ne se fasse pas à la légère et qu'il y ait volonté bien

arrêtée de se dépouiller chez le donateur. Tant que celui-ci n'aura pas rompu tous les liens qui l'unissent à l'objet donné, la donation restera imparfaite et partant, révocable.

La loi Cincia frappe toute donation d'une révocabilité d'office. Mais il est permis au donateur de ne pas user de la faculté fournie par la loi. S'il persiste dans son intention libérale jusqu'à la mort sans manifester aucun changement de volonté, il y a une confirmation définitive de la donation. C'est là le sens de cette phrase (§ 259 Frag. Vatic). *Morte Cincia removetur.*

En résumé, la loi Cincia nécessite la réunion des deux actes : Mancipation et tradition. Il semble alors que la volonté de donner — s'étant manifestée par deux fois et le plus souvent à deux époques différentes — est une volonté solidement arrêtée et mûrie par la réflexion.

Le donateur qui n'a accompli qu'un seul de ces deux actes, la tradition, peut renoncer au droit de révoquer qui lui est laissé, en gardant le silence pendant le temps de l'usucapion du donataire. Il n'a transféré que la possession du bien donné et gardé pour lui la propriété, s'il n'en use pas pour revendiquer, l'usucapion du donataire achèvera la donation. En ne se rétractant pas, le donateur témoigne de son intention persévérante de donner et en conséquence la libéralité devient irrévocable.

Promesse. — Avant la loi Cincia, si la donation

est faite par *stipulatio*, cela suffit, puisque le donataire a contre le donateur la *condictio ex stipulatu*.

S'il est intervenu seulement un pacte *de non petendo*, le donataire repoussera le donateur, ci-devant créancier, par *l'exceptio pacti conventi*.

Après la loi Cincia, la donation faite dans ces conditions est encore révocable. En effet, le donateur qui a promis peut retirer sa donation en vertu de la loi Cincia tant qu'il n'a pas exécuté la stipulation de façon à ce que la loi Cincia soit devenue inapplicable.

La remise de l'objet qui avant la loi Cincia n'était que l'exécution de la promesse de donner, qu'un paiement, est devenue, sous l'empire de la loi Cincia, une condition essentielle de la perfection par suite de l'irrévocabilité de la donation.

Si le donateur a promis simplement de donner, il faut pour qu'il y ait perfection et irrévocabilité, qu'il se soit dépouillé absolument comme lorsqu'il exécute sa donation par voie d'aliénation.

Les conditions de *mancipatio*, de *traditio* et celles relatives à l'interdit *utrubi* s'appliquent au cas présent comme au cas précédent. C'est-à-dire que la donation demeurera révocable :

1° Si on a mancipé sans livrer.

2° Si on a livré sans manciper.

3° Si le donateur est supérieur au donataire dans l'interdit *utrubi*.

Il paraît que même au cas où la donation est par-

faite, elle peut encore être révoquée au moyen d'une *condictio* intentée par le donateur repentant contre le donataire. Mais les interprètes ne sont pas d'accord sur la nature de cette *condictio*.

Voyons d'abord le texte qui nous en apprend l'existence. (Frag. Vactic. § 266.)

Le texte nous présente un donateur qui s'est engagé par stipulation à payer un objet d'une valeur *ultra modum* à une *persona non excepta*. De plus, par hypothèse, le donateur a exécuté pleinement le transport de propriété, l'objet ne lui est plus attaché par aucun lien. Cependant, dit le texte, il peut révoquer sa donation au moyen d'une *condictio* car il a payé à tort, puisqu'il pouvait repousser la demande du donataire créancier, au moyen d'une exception perpétuelle, *l'exceptio legis Cinciae*.

Cette *condictio* n'apparaît pas dans le cas où il y a eu exécution spontanée de la libéralité sans promesse préalable de donner mais seulement lorsque une promesse a précédé l'exécution parce que seule la tradition de celui qui a promis peut-être considérée comme un paiement et alors seulement il y a lieu d'examiner les conditions de validité de ce paiement. Au contraire, celui qui se dépouille spontanément par une tradition qui n'a pas pour but l'acquittement d'une dette, n'a jamais l'intention de faire un paiement.

Il en résulte que la donation faite par voie de stipulation ménageait une ressource de plus au donateur pour la révocation.

Mais quelle espèce de *condictio* aura le donateur ? Les interprètes sont divisés. Les uns disent, c'est une *condictio ex injusta causa* ; les autres penchent pour une *condictio indebiti*.

1° C'est une *condictio ex causa injusta*.

En effet, le texte des fragments ne parle pas de l'erreur. Or la *condictio indebiti* ne peut être exercée que s'il y a eu erreur de la part du donateur qui a exécuté la donation.

L'*indebitum* suppose toujours une erreur. Au contraire, d'après le texte, il semble que la *condictio* appartienne au donateur qui a payé, indépendamment de toute erreur. Il peut en conséquence l'exercer, alors même qu'il a exécuté la donation sachant que la loi Cincia lui permettait de ne pas l'accomplir. D'autre part, comme il n'y a *indebitum* que là où il y a paiement, la *condictio ex injusta causa* qui est fondée sur la violation de la loi reçoit application dans des cas où la *condictio indebiti* serait impossible. En effet, la *condictio ex injusta causa* est ouverte même au donateur qui s'est dépouillé sans avoir contracté d'obligation antérieure.

2° C'est une *condictio indebiti*.

Il y a *indebitum solutum* toutes les fois qu'on a payé sans opposer une exception perpétuelle derrière laquelle on pouvait se retrancher et dont le but est de protéger le débiteur, non le créancier.

Or, l'*exceptio legis Cinciae* est perpétuelle, donc la *condictio indebiti* est admissible si d'ailleurs les autres con-

ditions exigées pour qu'elle soit possible, existent également. Notamment, il faut qu'il y ait eu erreur de la part du donateur qui a payé. La *condictio* ne peut être une *condictio ex injusta causa*, car la donation, même imparfaite, constitue une *justa causa ad usucapiendum*, elle ne peut donc en même temps fonder une action *ex injusta causa*. Comme la loi Cincia n'a pas pour objet de fournir au donateur une action nouvelle mais seulement de lui permettre de résister à la poursuite du donataire, il faut admettre que la *condictio* ne sera possible qu'au cas où le donateur ignorait que sa donation était exagérée, *ultra modum*, ou que le donataire était une *persona non excepta*.

Ce qui nous fait donner la préférence au système de la *condictio indebiti* sur celui de la *condictio ex causa injusta*, c'est que la *condictio ex injusta causa* empêcherait toujours une *donatio contra Cinciam* d'être parfaite *vivo donatore*.

Quoi qu'il en soit de la nature de cette *condictio*, le résultat en sera d'obliger le donataire à retransférer au donateur la propriété de la chose indûment payée. Le donataire qui repousserait la *condictio* par l'*exceptio rei donatæ* serait à son tour réduit au silence par la *replicatio legis Cinciae*.

Donation faite liberando. — L'*acceptilatio* suffit à rendre la donation parfaite et irrévocable.

Le pacte de *non petendo* laisse subsister la dette au point de vue civil. Sans doute, il fournira au débiteur l'*exceptio pacti conventi* pour résister à l'action

du créancier, mais cette exception sera paralysée par la *replicatio legis Cinciae*. C'est ce qui résulte du texte suivant (Loi 2. Code De Acceptil. 8. 44). *Si donationis gratia novatione facta per acceptilationem præstitisti liberationem, omnis agendi via perempta est.*

Le donataire libéré n'a pas besoin d'agir pour profiter de la donation, le donateur n'a aucun moyen de la révoquer. *Omnis agendi via perempta est.*

Faite par voie de *delegatio*, la donation est parfaite dès que le délégué s'est engagé à la prière du délégant vis-à-vis du délégataire. Il y a alors en effet une novation et tous les anciens droits du donateur disparaissent dès qu'ils sont remplacés par les nouveaux droits acquis par le donataire.

La donation faite *par voie de cession de créance* est révocable sans distinction du chiffre ni de la personne, car la cession se réalise par une *procuratio* et la *procuratio* est en principe révocable.

Alors même que la donation à raison de sa modicité échapperait à l'application de la loi Cincia, alors même qu'elle serait affranchie de la révocabilité d'office en vertu de la loi Cincia, la donation opérée par voie de cession de créance serait encore révocable parce que l'acte ayant servi à la réaliser serait lui-même révocable.

De telle sorte que la révocabilité de la donation accomplie au moyen d'une cession de créance se confond avec la révocabilité de la cession elle-même, c'est-à-dire qu'elle devient irrévocable seulement après

qu'il y a eu paiement par le cédé au donataire cessionnaire ou bien *litis contestatio* entre le donataire constitué *procurator in rem suam* et le débiteur cédé.

Mais la cession de créances cessa d'être révocable au gré du cédant lorsqu'on eut admis que le cessionnaire qui aurait signifié la cession au débiteur prendrait complètement la place du créancier et deviendrait maître absolu du droit cédé par cette signification.

Mous trouvons cette innovation rapportée dans une constitution de Gordien (L. 3, Code VIII. 42) qui très probablement ne fait que constater une pratique antérieure.

La cession de créance fut définitivement solidifiée sous Justinien par la concession de l'action du cédant au cédé sous forme d'action utile.

Le donataire cessionnaire avait dès lors un moyen propre pour agir contre le débiteur cédé, moyen que la mort même ne faisait pas disparaître.

La loi Cincia, en rendant les donations révocables jusqu'au complet dessaisissement, pose une présomption. Il est probable que la donation a été irréflectie si le donateur a conservé par devers lui un attribut quelconque de sa propriété sur l'objet donné ; et, pour lui permettre de reprendre cet objet, on lui restitue les moyens d'agir que le droit civil lui reconnaît encore en paralysant les exceptions prétoriennes qui empêcheraient de les exercer. C'est là, la raison d'être de l'*exceptio legis Cinciae* et de la *replicatio*.

Il n'y a certitude que la donation a été faite de bon cœur, que si le donataire peut jouir de la libéralité sans exercer aucune action et si le donateur n'a plus aucune action à sa disposition pour reprendre ce qu'il a donné.

Si le donateur n'use pas du droit de révocation que lui confère la loi, s'il ne se repent pas de son vivant, ses héritiers pourraient-ils après sa mort user en son nom du droit de révocation ?

Sans doute, ce droit est compris dans le patrimoine qu'ils recueillent mais puisque le donateur a persévéré dans la volonté de donner jusqu'au jour de sa mort, la donation est devenue parfaite. La perfection résulte de la persistance de l'intention libérale, Papinien l'exprime dans cette formule brève et significative : *Morte Cincia removetur*, que confirment les §§ 266 et 312 Frag. Vatic.

L'héritier qui voudrait contester la volonté prolongée de donner, chez son auteur, serait repoussé par une exception ou par une réplique de dol de la part du donataire. N'y aurait-il pas dol en effet de la part de l'héritier à ne pas exécuter une volonté formelle du défunt ? Mais comme le donataire doit opposer une exception à l'héritier du donateur, il faudra qu'il prouve que le donateur a conservé, jusqu'à sa mort les mêmes intentions à son égard : *reus in excipiendo fit actor*.

Les dispositions de la loi Cincia s'appliquent-elles également aux donations à cause de mort ?

D'après la loi Cincia, la perfection et l'irrévocabilité sont intimement liées ; or la donation *mortis causa* est *imperfecta* puisque le donateur peut la révoquer à son gré et puisque le prédécès du donataire la rend inefficace ; donc, la loi Cincia ne semble pas devoir s'y appliquer.

Cependant, il y a un cas où la loi Cincia s'appliquera à une donation *mortis causa*, c'est dans l'hypothèse où le donateur a renoncé à son droit de révocation.

Nous verrons que cette renonciation est possible et qu'il suffit pour conserver à la donation à cause de mort son caractère propre, qu'elle devienne caduque par le prédécès du donataire. Donc le donateur qui a renoncé volontairement à son droit de révocation pourra cependant invoquer la loi Cincia pour se dispenser de livrer au donataire le bien donné ou pour le lui reprendre.

L'insinuation qui a remplacé et supprimé la loi Cincia ne rentre pas dans notre sujet parce qu'elle n'a pas pour sanction la révocabilité de la donation mais sa nullité. Or, si la donation est nulle, la question de révocabilité ne peut plus se poser, car on ne révoque pas un contrat inexistant.

En dehors de la loi Cincia, le donateur romain qui n'avait pas pris le soin d'insérer dans la donation une faculté de révocation, pouvait cependant re-

prendre l'objet de sa libéralité en certaines hypothèses.

Dans l'ancien droit romain, le patron donateur pouvait toujours révoquer la libéralité faite par lui à son affranchi. Plus tard, ce droit fut restreint au cas où le donateur avait eu des enfants postérieurement à la donation et aussi au cas d'ingratitude du donataire affranchi.

Cette dernière cause de révocation put être invoquée sous Justinien par tous les donateurs. Mais l'empereur eut la précaution d'énumérer les cas dans lesquels l'ingratitude serait de nature à motiver la révocation de la libéralité.

Parmi ces cas, il en est un qui mérite quelques mots. Il y a ingratitude de la part du donataire qui n'exécute pas les charges de la donation. Ces charges peuvent être imposées au donataire tant que la donation est imparfaite, c'est-à-dire tant que le donateur peut révoquer pleinement la donation : *Perfecta donatio conditiones postea non capit*. Il est libre, au lieu de la révoquer pour le tout, de ne la révoquer que pour partie seulement, en imposant au gratifié l'exécution d'un *modus*.

Quand le *modus* est stipulé en faveur du donateur lui-même, ce dernier peut en obtenir l'exécution par une action *ex stipulatu*; et si le donataire n'a pas exécuté dans le délai fixé, quoique l'ayant pu, le donateur a pour reprendre l'objet de la donation, la *condictio ob rem dati, re non secuta*.

La *condictio ob rem dati* n'est possible qu'après que le donataire a, sans exécuter le *modus*, laissé s'achever le délai pendant lequel il devait l'exécuter.

Dans les contrats innommés qui prennent naissance par une dation, c'est-à-dire dans les contrats *do ut des*, *do ut facias*, le créancier choisit entre l'exécution et la résolution du contrat. Il peut user de l'action *præscriptis verbis* pour obtenir la prestation convenue, ou bien, s'il le préfère, répéter sa chose par la *condictio ob rem dati*. Cette répétition peut lui être beaucoup plus avantageuse que l'exécution du contrat. C'est ce qui a lieu dans le cas d'une donation *sub modo*.

Lorsque le *modus* était imposé en faveur du donateur lui-même, on considérait à Rome la donation comme voisine de l'échange, on admettait que la *donatio sub modo* renfermait un contrat innommé et en conséquence, on permettait au donateur d'en poursuivre l'exécution par l'*actio præscriptis verbis*. Mais il restait libre de redemander le bien donné, s'il le préférait. Il conservait pour cela la *condictio ob rem dati*.

DONATIONS A CAUSE DE MORT.

La donation à cause de mort dans son sens le plus usité est celle qui est exposée à deux chances d'anéantissement: le prédécès du donataire et le changement de volonté du donateur.

Pour la motiver, il n'est pas indispensable d'avoir en vue un péril déterminé tel qu'une maladie ou un voyage par mer, la simple *cogitatio mortis* est suffisante (Ulpien, loi 2, Dig. 39, 6): *Julianus... tres esse species mortis causa donationum ait. Unam, cum quis nullo presentis periculi metu conterritus, sed sola cogitatione mortalitatis donat.*

Par quels moyens de droit le donateur repentant qui veut user de la faculté de révocation pourra-t-il reprendre le bien donné?

Si la donation n'a pas été exécutée, le décès du donateur qui n'a pas usé du droit de révoquer, fait naître le droit du donataire contre les héritiers du donateur.

Si le donateur veut anéantir sa promesse de donation non encore exécutée, par une *condictio* il ramènera les choses à leur état primitif, c'est-à-dire que le donataire devra affranchir le donateur de son obligation de donner.

Si la donation a été exécutée, le droit du donataire deviendra irrévocable par le décès du donateur avant qu'il ait révoqué, ou bien si le donateur révoque, le donataire n'a plus aucune raison de conserver le bien donné, il le tient sans cause, il est obligé de le restituer.

Mais le droit acquis par le donataire en vertu de la donation ne sera pas résolu de plein droit. Une *condictio* du donateur privera le donataire du bénéfice de la créance ou de la libération qui constituait la donation. Au cas où il y a eu *datio*, si le donateur ne révoque pas, il y a confirmation du droit de propriété du donataire. S'il y a révocation de la part du donateur, il faut distinguer suivant qu'il possède ou non l'objet dont le donataire a obtenu la propriété.

Si le donateur possède, il révoquera en opposant une exception à la revendication du donataire.

S'il ne possède pas, comme il n'est plus propriétaire, il ne pourra pas revendiquer, mais il aura une *condictio sine causa*, c'est à dire une action personnelle.

L'infériorité de l'action personnelle vis-à-vis de l'action réelle se manifeste sous deux points de vue.

1° Le donateur repentant concourra avec les autres créanciers du donataire sur le bien qui est sorti de son patrimoine.

2° Il devra supporter tous les droits réels consentis sur ce bien par le donataire.

Frappé de cette injustice, puisque le bien n'a été mis dans le patrimoine du donataire que par la libéralité du donateur, Ulpien n'hésita pas à sacrifier l'intérêt des tiers qui peuvent ignorer la provenance du bien, la donation n'étant pas soumise à la publicité. Il accorda au donateur l'action réelle, mais *utilis*, en revendication, au lieu de la *condictio*. Ce fut reconnaître la propriété *ad tempus* puisque le droit du donataire était déclaré résolu.

La loi 35 § 3 au Digeste 39. 6. nous apprend que le donateur pouvait révoquer la *donatio* à cause de mort en usant de l'*actio præscriptis verbis*..

En effet l'Ecole Sabinienne, — Cassius et ses disciples, dit le texte — accordait au donateur la *condictio ob rem dati* fondée sur le pacte de restitution qui est sous-entendu dans le transport de propriété fait en exécution d'une donation à cause de mort.

Donc, si le texte constate cette opinion des Sabinien c'est que les Proculéiens étaient avec eux en désaccord. Ils devaient donc accorder au donateur l'*actio præscriptis verbis* qui d'après eux sanctionnait tous les contrats innommés.

A l'appui de ce raisonnement on peut invoquer la loi unique au Code Liv. V titre XIII qui dans son § 13 nous dit que l'*actio præscriptis verbis* pouvait sanctionner non seulement un contrat à titre onéreux mais aussi un contrat à titre gratuit. Le texte nous montre que pour obtenir la restitution d'une

dot l'action *præscriptis verbis* pouvait être employée comme l'action *ex stipulatu*. *Vel ex stipulatu, vel præscriptis verbis civilem actionem*.

La donation à cause de mort avons-nous dit est soumise à plusieurs chances d'anéantissement. Ces chances peuvent se rencontrer dans une même donation ou exister séparément.

Il y en a une qui ne peut jamais être écartée car elle est constitutive de la donation à cause de mort, c'est la caducité par prédécès du donataire. On ne peut pas dire que la donation sera valable même si le donateur survit, ce serait faire une donation entre-vifs, (Loi 32 Dig, 39. 6). *Non videtur perfecta donatio mortis causa facta antequam mors insequatur*. Jusqu'au décès du donateur la donation est exposée à être anéantie par le décès du donataire (Loi 35 § 4 39, 6).

Mais on peut très bien écarter la cause de caducité qui résulterait de la survie du donateur au péril en vue duquel il a fait la donation. La donation sera valable même si le donateur échappe au danger et elle ne deviendra pas pour cela donation entre-vifs. En effet, elle pourra encore être caduque par le prédécès du donataire, et le donateur conservera son droit de la révoquer *ad nutum* s'il ne l'a pas abandonné par une renonciation formelle.

Peut-on renoncer à la faculté de révoquer sans faire perdre à la donation son caractère de donation à cause de mort ?

La donation à cause de mort peut tomber de deux façons, ou bien par le prédécès du donataire ou bien par le repentir du donateur. Le prédécès du donataire est un évènement purement casuel, indépendant de la volonté des parties. C'est lui qui constitue vraiment le signe distinctif de la donation à cause de mort, puisque par définition c'est celle où le donateur se préfère au donataire. On ne peut donc pas toucher à cette cause de caducité, mais le donateur peut-il renoncer au droit de révocation qui existe uniquement en sa faveur ?

La donation à cause de mort qui n'est plus susceptible d'anéantissement que par le prédécès du donataire reste-t-elle toujours donation à cause de mort, quoique par une renonciation formelle le donateur ait à l'avance ôté tout effet à son repentir futur ?

L'intérêt de la question réside en ce que la donation à cause de mort est assimilée autant que possible aux legs, elle est valable entre époux et sous Justinien, elle est affranchie de l'insinuation. Aucun de ces caractères ne se rencontre dans la donation entre-vifs.

Cujas et Doneau disaient que le donateur à cause de mort pouvait renoncer à son droit de révocation. Au contraire, Voët, Mackeldey en Allemagne et Pellat en France ont soutenu que le droit de révocation est de l'essence de la donation à cause de mort et que là où il n'existe pas, il y a donation entre-vifs.

Le doute naît parce que les Institutes au § 1^{er}, Liv.

2, tit. 7 disent que la donation à cause de mort est celle où le donateur se préfère au donataire et préfère celui-ci à ses héritiers. Or, si le donateur renonce au droit de révocation, il ne se préfère plus au donataire.

Examinons les arguments invoqués par les deux systèmes opposés qui se sont fait jour.

Certains jurisconsultes, avons-nous dit, sont d'avis que la donation à cause de mort se transforme en donation entre-vifs si le droit de révocation du donateur est anéanti.

Ils s'appuient sur la loi 27, Dig. 39. 6. *Ubi ita donatur mortis causa, ut nullo casu revocetur, causa donandi magis est, quam mortis causa donatio : et ideo perinde haberi debet, atque alia quævis intervivos donatio.*

Ce texte, disent-ils, pose la règle générale des donations à cause de mort, à savoir que le donateur ne peut pas renoncer au droit de révoquer puisque la donation faite *ut nullo casu revocetur* est assimilée aux donations entre-vifs.

Mais cette argumentation est loin d'être concluante, la loi 27 parle d'une donation où toute chance de révocation a été écartée, même celle résultant du prédécès du donataire. Le caractère essentiel de la donation à cause de mort faisant défaut, c'est bien une donation entre-vifs. Le donateur, en effet, a perdu tout espoir de retour, *spe retinendi perempta*. C'est l'équivalent du mot *absolutè* que nous verrons employé par Papinien dans la loi 42, § 1^{er}, Dig. 39. 6.

Mais il ne faudrait pas tirer argument des mots *in extremis vitæ constitutus* contenus dans cette dernière loi pour dire que le jurisconsulte parle d'une donation à cause de mort, car on pourrait répondre qu'il est possible de faire une donation entre-vifs même à son lit de mort.

On s'appuie encore dans cette première opinion sur la loi 42, § 1^{er}. Dig. 39. 6.

Un père a donné au moment de mourir à son fils, *sine ulla conditione redhibendi*, c'est-à-dire sans possibilité de révocation. Le jurisconsulte dit que la donation est entre-vifs.

La consultation a pour objet de savoir si la donation est à cause de mort et si par conséquent elle doit être, d'après la constitution de Sévère, soumise à la réduction de la quarte Falcidie. Le fils donataire étant émancipé et venant à la succession de son père avec ses frères et sœurs est en effet soumis à la réduction de la loi Falcidie s'il a reçu à cause de mort, mais il en est affranchi s'il a reçu par donation entre-vifs, car celle-ci est affranchie de la constitution de Sévère.

Le jurisconsulte répond qu'il faut écarter la Falcidie parce que la donation n'est pas à cause de mort. Elle n'est donc pas soumise à la constitution de Sévère, mais au *jus antiquum*. Il motive en disant : celui qui donnait *absolutè*, sans aucune restriction, ne faisait pas une donation à cause de mort, mais bien une donation entre-vifs au moment de mourir.

A ce raisonnement, nous répondons que le texte ne contredit pas l'opinion d'après laquelle le droit de renoncer peut-être écarté de la donation à cause de mort, car le jurisconsulte ne dit pas que la donation est entre-vifs parce que le donateur a renoncé au droit de révoquer, il constate que la donation est entre-vifs parce qu'elle a été faite irrévocable de toute façon. Il n'y avait aucun moyen de reprendre le bien donné, qui ne serait pas même revenu au donateur s'il avait survécu au donataire, ou s'il avait échappé à la mort.

Cependant, on insiste et l'on fait remarquer qu'une donation qui ne doit faire retour au donateur qu'au cas où il survivrait au donataire et qui ne dépend en aucune façon de sa volonté est une véritable donation entre-vifs puisque le Code civil dans son art. 951 permet de stipuler le retour au profit du donateur en cas de prédécès du donataire, bien que les donations à cause de mort soient défendues en droit français.

On fait observer que la loi 17, Dig. 39, 6, déclare que la donation à cause de mort est assimilable aux legs en ce que les créanciers du donateur peuvent faire tomber la donation sans prouver la fraude de leur débiteur. Cela se conçoit, dit-on, pour la donation à cause de mort qui est révocable à volonté comme les legs, mais cela devient incompréhensible à l'égard d'une donation qui est simplement caduque au cas de prédécès du donataire et non plus révocable à volonté.

La loi 66 § 1, Dig. 35, 2, est conçue dans ce sens. On ajoute que la donation à cause de mort sans faculté de révocation *ad nutum* ne répond plus à la définition donnée par la loi 1, *principium*, Dig., 39, 6.

Mortis causa donatio est, cum quis habere se vult, quam eum qui donat.

Du moment qu'on renonce au droit de révoquer, la pensée égoïste qui caractérise la donation à cause de mort disparaît. C'est le *jus pœnitendi* qui est la raison d'être de cette donation qui convenait si bien, comme l'a dit M. Glasson, *au tempérament vaniteux et économe des Romains*.

La donation à cause de mort dépouillée du *jus pœnitendi* n'est plus la *donatio mortis causa*.

En outre, on s'appuie sur ces mots : *Fas esse eum qui donavit pœnitere...* de la loi 32 § 2, Dig. 24, 1, pour dire : la donation entre vifs étant impossible entre époux à cause de l'irrévocabilité, la donation à cause de mort n'est permise que parce qu'elle est révocable. Comment donc la donation dans laquelle on renonce à la faculté de révocation pourrait-elle rester donation à cause de mort et être permise entre époux ? Il est évident que la donation à cause de mort sans faculté de révoquer doit devenir donation entre-vifs parce que elle ne peut être permise entre époux.

Nous répondons à cette argumentation en disant que la donation à cause de mort permise entre époux est celle à laquelle on n'a enlevé aucun de ses ca-

ractères, la donation avec tous ses éléments ordinaires. C'est à cette donation que s'applique la phrase de la loi 32 § 2, Dig. 24, 1 ; *Fas esse...* etc.

Après avoir exposé les raisons sur lesquelles se fonde le système d'après lequel la donation à cause de mort implique toujours la faculté de révoquer, examinons les arguments invoqués par ceux qui soutiennent que malgré l'abandon du droit de révoquer une donation à cause de mort demeure telle et n'emprunte pas les caractères de la donation entre vifs.

D'abord, on fait observer que la donation entre vifs est absolue et définitive. Dès lors qu'une donation ne produit qu'un effet provisoire, si, par exemple, elle doit tomber en cas de prédécès du donataire, elle devient donation à cause de mort.

La loi 42 § 1, Dig. 39, 6, soutient cette opinion. Elle dit que la donation entre-vifs est faite *sine ulla conditione redhibendi*, c'est-à-dire sans possibilité de reprendre, pour quelque cause que ce soit. C'est une donation qui dépouille *absolument* sans qu'on puisse revenir sur elle.

De ces mots, on a voulu tirer argument dans le sens de l'opinion contraire en faisant remarquer qu'une *donatio sine ulla conditione redhibendi*, c'est une donation que le disposant ne veut plus révoquer à volonté et qui devient alors donation entre vifs.

Mais c'est là faire dire au texte plus qu'il ne si-

gnifie, car *redhibere* veut dire reprendre et non révoquer à volonté.

La faculté de renoncer au droit de révocation résulte clairement de la loi 13 § 1^{er}, Dig. 39, 6.

Sic donari potest, ut non aliter reddatur quam si prior ille qui acceperit, decesserit.

Le donateur peut d'après ce passage renoncer à son *jus pœnitendi*, la libéralité ne sera révoquée qu'au cas de prédécès du donataire, car ce cas de révocation est essentiel et ne peut être écarté.

Mais le jurisconsulte ajoute : *Sic quoque potest donari mortis causa : ut nullo casu sit ejus repetitio : id est, nec si convaluerit quidem donator.*

Il semble d'après cette phrase que toutes les chances de révocation de la donation à cause de mort étant écartées — *nullo casu sit repetitio* — la donation devient donation entre-vifs. Cette interprétation ne tient pas compte des mots *id est, nec si convaluerit*, qui restreignent le sens absolu du membre de phrase *nullo casu sit revocatio*. Ainsi atténué, le texte signifie que la donation ne sera jamais révoquée par la guérison du donateur ; mais les autres chances subsistent, telles que le repentir du donateur ou le prédécès du donataire. Dans cette donation accomplie au cours d'une maladie, le donateur déclare une seule chose, que sa guérison ne révoquera pas sa libéralité, *nec si convaluerit donator*.

La nouvelle 87 nous fournit également la preuve que le donateur peut renoncer s'il le veut à son droit de

révocation sans que la libéralité cesse d'être à cause de mort. Ce texte enlève aux curiaux la faculté de renoncer au droit de révocation à cause des fraudes qu'ils commettaient. Cela prouve que la règle était la faculté de renoncer, puisque par exception les *curiales* seuls ne pouvaient insérer dans une donation *mortis causa* la clause de renonciation au droit de révoquer *ad nutum*. Ils ne pouvaient faire de donations entre-vifs immobilières, or une donation à cause de mort, possible pour eux sans faculté de révocation, aurait été un moyen d'éviter cette interdiction.

Donc, peut-on conclure, la seule condition pour qu'une donation fût à cause de mort était la caducité par prédécès du donataire. Le *jus pœnitendi* pouvait être écarté par une clause formelle.

Enfin, la loi 42 *principium* 39, 6 nous donne l'exemple d'une donation qui n'est résoluble que par la survie du donateur. Papinien déclare que sans aucun doute (*denegari non potest*) cette donation est *mortis causa*.

Nous avons indiqué d'un mot quel était l'intérêt de notre question avant d'en montrer les solutions opposées, il est temps d'y revenir pour approfondir les conséquences des systèmes contraires que nous venons d'exposer.

On sait que la donation à cause de mort est soumise à deux causes d'anéantissement le prédécès du

donataire et le repentir du donateur. La première de ces causes ne peut être écartée par une convention spéciale sous peine de transformer la donation à cause de mort en donation entre-vifs. Nous avons recherché s'il en était de même pour la seconde cause et nous avons décidé que non, admettant avec Julien et Paul qu'un donateur pouvait renoncer à la faculté de révoquer *ad nutum* sans que pour cela, la donation cessât d'être à cause de mort. Cela est possible parce que cela n'est pas illicite, et qu'on conçoit fort bien la préférence qu'une personne peut avoir pour son donataire contre ses héritiers, et qu'elle accepte de se lier définitivement vis-à-vis de ce donataire sauf pour le cas, purement fortuit, où ce dernier précéderait.

Demandons-nous quelles sont les conséquences du système que nous admettons et voyons quel intérêt il y a à le préférer au système inverse.

Sur les conséquences du système, les interprètes ne sont pas d'accord.

D'une part on dit : toute donation à cause de mort est assimilée à un legs sans distinguer si le disposant a conservé ou perdu sa faculté de révocation *ad nutum*. Donc, les donations à cause de mort, caduques seulement en cas de prédécès du donataire, sont soumises comme celles qui restent exposées à la révocation du donateur aux règles des legs.

D'autre part, on distingue deux acceptions diffé-

rentes de l'expression donation à cause de mort. Dans un premier sens, une donation est dite à cause de mort lorsqu'elle est exposée à la caducité par le prédécès du donataire ; quant à la révocation au gré du donateur, elle est subordonnée à l'intention exprimée au moment de la donation. Si le contrat ne renferme pas une renonciation expresse, la donation est révocable *ad nutum* et dans ce cas seulement assimilée aux legs et soumise aux règles qui les gouvernent.

Dans un autre sens, on peut appeler donations à cause de mort celles qui sont soumises à la fois à la révocation et à la caducité, c'est-à-dire au repentir du donateur et au prédécès du donataire. Celles-ci étant vraiment révocables *ad nutum* comme les legs, sont régies par les mêmes règles qu'eux.

Ceci posé, on peut raisonner de la façon suivante : Si le donateur a renoncé dans la donation qu'il a faite à cause de mort à son droit de révoquer *ad libitum*, la donation ainsi modifiée ne doit plus être assimilée à un legs. En d'autres termes, la règle posée par Justinien que les donations à cause de mort sont traitées comme des legs, ne concerne que les donations résolubles à la fois par le prédécès du donataire et par le changement de volonté du donateur. La renonciation au droit de révoquer a pour effet d'écarter toute assimilation avec les legs.

Cette opinion s'appuie sur des arguments très-solides.

1° Les legs d'un défunt ne sont payés par sa succession qu'après les dettes, sur l'actif diminué du passif, *deducto ære alieno*. Les donations à cause de mort ne sont exécutées qu'après le paiement intégral des créanciers, dit Julien (Loi 17, Dig. 39, 6).

Si les créanciers ne sont pas désintéressés, la donation à cause de mort ne s'exécute pas. Et c'est justice. Car jusqu'à sa mort le donateur pouvait révoquer la donation à cause de mort, il pouvait disposer des biens donnés. En contractant des dettes, il s'est mis dans la nécessité de les retirer au donataire pour faire face à ses nouveaux engagements. S'il ne l'a pas fait de son vivant, on le fera après sa mort, on liquidera les dettes de sa succession comme il les aurait liquidées de son vivant. Cette assimilation avec les legs est parfaite quand la donation est restée révocable au gré du donateur, mais elle ne se conçoit plus si le donateur a renoncé au *jus pœnitendi*, n'ayant plus dans ce cas la disposition des objets donnés il lui est impossible d'en faire profiter ses créanciers.

2° Ulpien (Regul. tit. VII § 1^{er}) nous dit que les donations à cause de mort ont lieu valablement entre époux. Cette règle ne peut évidemment s'appliquer qu'au cas où l'époux donateur n'a pas renoncé au droit de révoquer la libéralité. La condition de survie du donataire ne suffirait pas pour légitimer une donation entre époux car il faut que le donateur qui a été circonvenu par son conjoint, ait

le pouvoir lorsqu'il aura retrouvé sa pleine liberté et sa raison, de reprendre au moment qu'il jugera opportun le bien dont il s'est dépouillé malgré lui.

Mais entre époux, la donation à cause de mort est plus dangereuse qu'un legs, car le legs est toujours révocable tandis que la donation peut devenir irrévocable si l'époux coupable de captation est assez prévoyant pour arracher à son conjoint en même temps que la libéralité, la renonciation au droit de la révoquer. L'époux animé d'intentions libérales ne préférera la donation à cause de mort au legs que s'il désire assurer *hic et nunc* à son conjoint la jouissance d'un bien dont la propriété ne lui sera définitivement acquise que s'il survit au disposant.

L'assimilation de la donation à cause de mort aux legs ne se conçoit que si la donation est restée révocable. Si le donateur a renoncé au droit de révoquer, la donation ne peut pas être valable entre époux, car la liberté du disposant n'est plus protégée, la subordination de la validité du don au prédécès du donataire n'est en effet qu'une condition casuelle, insuffisante pour valider la donation de conjoint à conjoint.

3^o Au point de vue de l'application de la loi Falcidie il y a encore intérêt à distinguer si la donation à cause de mort est révocable *ad nutum*. La loi nous dit que les donations subissent la réduction comme les legs — (Loi 42 § 1 Dig. 39. 6.) — Car ce sont des libéralités qui ne deviennent définitives

qu'au moment où meurt le disposant. Tant qu'il vit, il n'est pas irrévocablement dépouillé, il peut reprendre le bien donné, c'est donc l'héritier seul qui souffre pleinement de la disposition ; or la Falcidie a pour but de le protéger dans ce cas. La loi s'appliquera donc aux donations à cause de mort, si elles sont révocables seulement. Si par une clause expresse elles ne sont plus révocables *ad nutum*, pourquoi les assimilerait-on au legs ? Il n'y en a plus aucun motif, l'héritier ne compte plus sur des biens aliénés définitivement par le défunt.

Donc, l'intérêt qu'il y a à savoir si le donateur a renoncé à son droit de révocation ou bien s'il l'a conservé est le suivant : Les donations à cause de mort qui ne sont plus révocables *ad nutum* ne doivent plus être assimilées aux legs.

Malgré l'assimilation qui s'est constamment perfectionnée entre les legs et les donations *mortis causa*, nous pouvons relever au point de vue de la révocation quelques différences entre ces deux modes de disposer.

Un legs peut être supprimé par un acte dépendant de la seule volonté du testateur. Cela se conçoit, tant que le legs n'a pas été exécuté, il ne produit aucun effet, il n'y a donc aucun résultat de fait à effacer.

Au contraire, la donation à cause de mort produit immédiatement ses effets, provisoires peut-être, mais cependant actuels.

Pour la révoquer, il faudra contraindre le bénéficiaire à perdre l'avantage reçu ce qui suppose un acte accompli par lui. Cet acte, jamais un testateur n'aura besoin de l'imposer à son légataire.

Non seulement le donataire peut recevoir la propriété du vivant même du donateur, mais celui-ci peut renoncer comme, nous l'avons vu, au droit de révoquer sa libéralité.

Jamais un légataire n'acquiert le bien légué *vivo testatore* et jamais un testateur ne peut renoncer au droit de révoquer les dispositions de son testament.

Une donation entre-vifs dans laquelle on introduit la révocabilité *ad nutum* devient-elle donation à cause de mort ?

La donation à cause de mort est faite en vue de la mort, subordonnée à la survie du donataire, soumise à la révocation au gré du donateur. Nous savons qu'on peut insérer dans une donation entre-vifs la condition de survie du donataire, puisqu'on peut faire des donations sous telles conditions qu'il plaît aux parties d'imaginer. On peut aussi faire une donation entre-vifs en vue de la mort, c'est une circonstance de fait qui peut motiver la libéralité sans toutefois influencer sur son caractère.

Mais peut-on introduire dans une donation entre-vifs la clause de révocabilité *ad nutum* ?

Oui, on peut le faire. Toutes les conditions sont possibles lorsqu'elles ne sont ni immorales, ni illici-

tes. Mais alors la donation entre-vifs ne va-t-elle pas se transformer en donation à cause de mort puisque cette sorte de donation est en principe révocable au gré du disposant ? On pourrait le croire.

En effet, le donateur qui insère la clause de révocabilité *ad nutum* dans sa donation, ne se montre généreux que dans le cas où il ne se repent pas de sa libéralité. Il se préfère donc au donataire puisqu'il se réserve le moyen de garder pour lui le bien donné, or c'est là exactement, la définition même de la donation à cause de mort.

Sans doute. Mais nous avons vu que le droit de révoquer *ad nutum* pouvait être écarté de la donation, à cause de mort, qu'il n'en constitue pas un élément essentiel. Or une donation ne peut être dite à cause de mort que s'il s'y trouve le caractère vraiment constitutif de ce genre de donation, c'est-à-dire la subordination au prédécès du donateur. Dès qu'une donation est déclarée valable malgré la survie du donateur, ce n'est plus une donation à cause de mort, c'est une donation entre-vifs. Donc, quelle que soit la clause qui modifie une donation entre-vifs, même la clause de révocabilité *ad nutum*, la donation ne change pas de caractère du moment qu'elle n'est pas révocable par le prédécès du donataire.

A raison des différences nombreuses qui séparent les donations entre-vifs des donations à cause de mort, on comprend qu'il soit important de savoir, lorsqu'on est en face d'une donation révocable *ad nutum*, s'il est

une donation entre-vifs ou une donation à cause de mort ; or le *criterium* immanquable de cette distinction, la différence vraiment irréductible qui sépare l'une de l'autre ces deux catégories de donations, c'est la caducité pour cause de prédécès du donataire.

Toute donation, même qualifiée à cause de mort, n'est qu'une donation entre-vifs si elle n'est pas soumise à cette cause de révocation.

Nous venons de voir qu'en droit romain une donation entre-vifs affectée d'une clause de révocabilité *ad nutum* demeure donation entre-vifs et ne devient pas donation à cause de mort.

Or en droit français il existe une catégorie de donations révocables *ad nutum*. Ce sont celles dont parle l'article 1096 du Code civil. Le Code ne reconnaît pourtant dans l'article 893 que les donations entre-vifs et il les déclare irrévocables. Quel caractère devons-nous attribuer aux donations de l'art. 1096. On sait que les libéralités échangées par les époux pendant le mariage sont toujours révocables. Une affection inconsiderée a pu les motiver, ou bien l'époux qui fait un don cherche à assurer la paix du ménage, à étouffer des dissensions domestiques.

Ce sont alors des libéralités non librement voulues. De là leur révocabilité. Mais quelle est la nature de ces donations révocables ?

La loi française ne reconnaît en fait de libéralités révocables, que celles qui sont contenues dans un tes-

tament. Aussi on en a conclu que les donations entre époux doivent être considérées comme formant une sorte de testament.

Cette opinion ne peut être admise car les libéralités entre époux sont qualifiées donations. Les donations sont des contrats, c'est-à-dire l'œuvre de deux volontés, tandis que le testament émane d'une volonté unique. De plus, la donation entre époux produit immédiatement ses effets, tandis qu'un testament ne s'exécute qu'à la mort du disposant.

Les donations entre époux, étant révocables ne peuvent être classées parmi les donations entre-vifs qui sont irrévocables, alors on a dit ce sont des donations à cause de mort.

C'est Toullier qui a eu l'idée de créer un troisième mode de disposer à titre gratuit. Il est vrai que l'article 893 ne reconnaît que la donation entre-vifs qui est irrévocable et le testament qui n'est pas un contrat, tandis que la donation entre époux est un contrat et de plus elle est révocable, donc celle-ci constitue un mode à part : la donation à cause de mort.

La donation entre époux n'est confirmée que par la mort de l'époux donateur.

Comme toutes les donations à cause de mort, dit Toullier, elle est caduque par le prédécès du donataire.

M. Laurent combat cette opinion. L'article 893 ne reconnaît, dit-il, que deux modes de disposer,

or, la donation entre époux n'est pas un testament, donc elle est une donation entre-vifs. Il est vrai qu'elle s'éloigne non seulement des donations entre-vifs, mais de tous les contrats en général, puisqu'elle peut être résolue par la volonté d'une seule partie, le donateur.

Faut-il dire alors que les donations entre époux n'ont de commun avec les donations que le nom ? L'article 1096 peut le laisser penser puisqu'il dit : les donations entre époux *quoique* qualifiées entre-vifs seront toujours révocables.

Mais la pensée de la loi est celle-ci : pour éviter que les conjoints ne se fassent des donations irrévocables en les qualifiant dons entre-vifs, qui sont des dispositions essentiellement irrévocables, la loi dit qu'on ne s'attachera pas à la qualification donnée par les époux à leur libéralité et que dans tous les cas, celle-ci sera révocable.

Donc, nous dirons que les donations entre époux sont des donations entre-vifs affectées d'un caractère exceptionnel : la révocabilité. Mais cela ne change pas leur nature, elles sont donations entre-vifs et soumises, par conséquent, aux règles des donations entre-vifs. Les mêmes principes les gouverneront, sauf un seul qu'il faudra écarter, celui de l'irrévocabilité.

Conséquence : une donation entre-vifs ordinaire ne peut comprendre de biens à venir parce qu'elle est irrévocable. Comme les donations entre époux

sont, au contraire, révocables, elles pourront parfaitement avoir pour objet des biens à venir.

Quel serait en droit romain, au point de vue de la caducité et de la révocabilité, l'effet d'une donation adressée à Seïus et à ses héritiers ?

La donation peut-elle être considérée comme devant tomber par le prédécès du donataire et, par suite, doit-elle être qualifiée donation à cause de mort ?

Sur ce point les avis sont partagés.

Certains interprètes disent qu'une telle donation passe aux héritiers du donataire lorsqu'il meurt avant le donateur et ne fait pas retour à ce dernier. En effet, le donateur, en associant les héritiers du donataire au bénéfice de la donation, renonce pour lui à la chance de retour qui résulterait du prédécès du donataire. La caducité fondée sur cet événement ne menace plus la donation, en conséquence, elle n'est plus faite à cause de mort, elle est entrevifs et irrévocable.

D'autres sont d'avis qu'une telle donation se double et qu'il y a donation à Seïus d'une part, et donation aux héritiers de Seïus d'autre part.

La seconde ne devant produire son effet qu'au cas où la première deviendrait caduque. Si donc Seïus prédécède, ce n'est pas lui qui profite de la donation, ce sont ses héritiers qui recueillent *ex donatione*.

S'il survit, au contraire, au donateur, ses héritiers ne recueilleront les biens donnés que dans sa succession, par voie de transmission.

Pour que ce dernier système fût acceptable, il faudrait supposer que le donateur a fait aux héritiers de Seius en même temps qu'à Seius lui-même, un transfert de propriété constituant la donation ou bien une promesse de stipulation, un acte, enfin, par lequel la donation se réalisât.

Or, une telle supposition est impossible. Au moment de la donation, les héritiers de Seius sont personnes incertaines, le donateur ne saurait à qui s'adresser. En tout cas, une telle donation ne pourrait pas être réalisée au moyen d'une *mancipatio*, car la *mancipatio* d'une même chose ne peut être faite à deux personnes différentes, on ne peut livrer effectivement deux fois un même objet et, d'autre part, on ne peut faire une seconde mancipation pour le cas où la première ne vaudrait rien, car ce serait introduire une condition dans un *actus legitimus*.

La donation faite sous la condition de survie du donataire à un tiers est-elle une donatio mortis causa? La donation sera-t-elle caduque si le donataire ne survit pas à la personne prise comme tiers et le disposant jouira-t-il du droit de révocation s'il n'y a pas renoncé expressément?

La question est controversée.

Remarquons bien que dans cette hypothèse, la

donation à cause de mort ne dépend plus du prédécès du donateur, elle est subordonnée au décès d'un tiers.

Les partisans de l'affirmative disent : oui, c'est une donation à cause de mort, parce que le signe caractéristique de la donation à cause de mort, à savoir la survie du donataire, apparaît dans cette donation.

C'est en ce sens que Pothier se prononçait en se fondant sur la loi 11 d'Ulpien, Dig. 39, 6. *Mortis causa, filii sui, pater recte donare poterit etiam constans matrimonio filii.*

Un père donne valablement à sa bru pour le cas où le fils mourrait avant elle.

De même : Constitution 3, Code 8. 57. *Nec fratris sui mortis causa recte factam donationem sorori rescindere licet.*

Les partisans de la négative disent : La vraie donation à cause de mort est assimilée au legs, or il est impossible qu'une donation subordonnée au prédécès d'un tiers soit rapprochée des legs, car dans un legs le disposant est dépouillé par l'effet de sa propre mort tandis que dans la donation qui nous occupe, le donateur sera dépouillé par la mort d'un tiers.

Le patrimoine du donateur ne sera pas appauvri par sa mort comme dans le cas d'une véritable donation à cause de mort. La donation sera parfaite *vivo donatore* si le tiers prédécède au donataire et au donateur.

M. de Savigny qui ne considère pas comme donation à cause de mort celle qui est subordonnée au prédécès d'un tiers, dit que c'est une donation entre-vifs ordinaire affectée d'une condition particulière, car, la loi Falcidie qui s'applique aux donations à cause de mort, ne pourrait s'appliquer à une donation rendue parfaite par une autre mort que la mort du donateur.

Ce raisonnement n'est pas déterminant en faveur du système de M. de Savigny, car on ne voit pas pourquoi la loi Falcidie serait sans application à notre donation si nous la qualifions à cause de mort. Si elle est devenue parfaite au décès du donateur par la survie du donataire au tiers, il faut dire qu'il y a un legs pur et simple et appliquer la Falcidie. Si le donateur prédécède au tiers, la mort du donateur n'a aucune influence sur la donation ; la validité de la donation à cause de mort est encore incertaine, le tiers peut survivre ou prédécéder au donataire. Il y a là, dit M. Glasson, un legs conditionnel et la Falcidie s'appliquera comme au cas de tout legs conditionnel, c'est-à-dire qu'on délivrera le bien donné sauf au donataire à s'engager à restituer si la condition fait défaut.

D'ailleurs, M. de Savigny ne tient pas compte de la loi de Julien (L. 18, Dig. 39, 6), ni de celle d'Ulpien qui toutes deux qualifient de donation à cause de mort, celle qui est faite sous la condition du prédécès d'un tiers. Si ces donations n'étaient pas vrai-

ment à cause de mort, les jurisconsultes romains ne les qualifieraient pas ainsi, car leur langue est toujours d'une précision et d'une pureté parfaites. D'autre part, leurs textes n'auraient pas été insérés par Justinien dans le titre du Digeste où il est exclusivement traité des donations à cause de mort.

M. Glasson qui combat le système de M. de Savigny prouve que dans ce système on ne rend pas compte de la loi d'Ulpien (Loi 11, Dig. 39, 6). Quelle est exactement l'hypothèse prévue par cette loi ?

Pour la bien comprendre, il faut se rappeler que pour assurer le respect de la règle qui prohibe les donations entre époux, le droit romain avait défendu les donations indirectes et notamment celles qui auraient pu être faites à l'un des époux par le *pater familias* de l'autre, ce dernier étant en puissance paternelle. La loi 3, § 2. Dig. 24, 1 renferme cette idée : *Qui in ejusdem potestate sunt prohibentur sibi donare : utputa, frater mariti qui est in soceri potestate.*

Dans ce texte, la donation est prohibée parce que les deux parties sont placées sous la puissance d'un même *pater familias*.

Il résulte de là qu'une donation entre un beau-père et sa belle-fille est impossible si le mari est encore en puissance de son père. Car c'est une donation indirecte entre époux, à moins que la donation ne soit à cause de mort, auquel cas elle est permise entre époux et par suite possible entre le

beau-père et sa bru alors même que le mari est encore en puissance paternelle. C'est précisément ce que suppose Ulpien dans la loi 11. Il a soin de nous dire que la donation est à cause de mort quoique subordonnée à la mort du mari, non du père donateur; car si elle était entre-vifs, elle serait prohibée et nulle.

Etiam constante matrimonio, dit Ulpien. C'est-à-dire malgré les rapports qui existent entre le beau-père et sa bru et qui découlent de la puissance paternelle à laquelle le mari est soumis. Si la donation était faite à une autre que la bru, la constatation de l'existence du mariage serait dépourvue de sens.

Au point de vue de l'irrévocabilité de la donation subordonnée au prédécès d'un tiers, la loi 18, Dig. 39. 6. déclare que la révocation devient impossible au donateur dès que le donataire a vu le tiers mourir avant lui.

La constitution 3 au Code 8. 57 nous montre une donation devenue parfaite par la mort du frère pris comme tiers, non par la mort du donateur.

Nec fratris sui mortis causa recte factam donationem sorori rescindere licet.

DONATIONS ENTRE ÉPOUX.

Pour empêcher les libéralités inspirées par un amour désordonné et assurer la liberté des époux, la coutume leur interdit les donations. Certaines exceptions furent admises pour tempérer la rigueur de cette règle. Notamment, les donations à cause de mort furent tolérées parce qu'elles ne sont pas définitives tant que le donateur est vivant. Elles ne deviennent parfaites qu'après la dissolution du mariage.

Une donation entre époux qui ne rentre pas dans un cas d'exception est absolument nulle; le donateur n'a pas à la révoquer, il peut n'en plus tenir compte, il peut revendiquer sans crainte de se voir opposer l'usucapion car il n'y aurait pas de *justa causa* pour la fonder.

En cas de donation par stipulation, le donateur n'est soumis à aucune action, et s'il a exécuté, il peut toujours intenter une *condictio*; de même si la revendication n'est plus possible parce que la chose a été consommée.

Le seul moyen de faire produire effet à une donation entre époux est de la confirmer d'une façon expresse par testament.

A la fin du règne de Septime Sévère, un sénatus-consulte appelé par les juriconsultes *Oratio Antonini* décida que la donation entre époux serait confirmée par la continuité de l'intention de donner sou-

tenue jusqu'à la mort du donateur, le mariage n'étant pas dissous.

La caducité de la donation dépendit alors de la volonté du donateur, son changement de volonté suffit pour rendre enulle la donation ; le prédécès du donataire faisait aussi tomber la donation.

Mais il suffisait pour que la donation fût valable que le donateur n'eût pas survécu au donataire. S'ils mouraient dans un même évènement, par exemple dans une même captivité, la donation produisait son effet. Enfin, la rupture du mariage faisait tomber aussi la donation. Lorsque la donation pour l'une de ces causes ne subsiste pas, elle est nulle, ce qui n'engendre pas les mêmes effets que si elle était valable et révocable *ad nutum*. Etant nulle, il n'y a pas à la révoquer car on ne révoque pas le néant.

Si la donation nulle a été exécutée, l'acte par lequel elle a été réalisée ne produit aucun effet, il n'y a pas à faire disparaître ces effets. Une telle donation faite par *acceptilatio* n'éteint pas la créance du donateur, faite par *stipulatio*, elle ne l'oblige pas. Inutile dans ces cas de recourir à une *condictio*.

En somme, le sénatus-consulte laisse nulles les donations entre époux, mais il permet au donateur de les rendre valables en conservant son intention libérale jusqu'à son décès, de telle sorte que la nullité est suspendue pendant la vie du donateur, elle ne devient définitive que par le repentir de ce donateur, ou par sa survie au donataire.

A l'appui de cette opinion nous invoquerons la loi 32 *principium* § 2. *Ait oratio, fas esse eum quidem qui donavit pænitere : heredem vero eripere forsitan adversus voluntatem supremam ejus qui donaverit, durum et avarum esse.* Le § 10 de la même loi, Dig. 24. 1 est conçu dans un sens analogue. Et pour dire que la *condictio* est inutile au donateur repentant parce que la tradition, sa promesse, la remise de dette, n'ont produit aucun résultat qui doive être anéanti, nous nous appuyons sur la loi 32, § 13 (Digeste 24. 1) où nous lisons ces mots : *donationes non valere.* De même, loi 34, *donatio nullius momenti est*, et loi 35, *donationes factæ nullius momenti sunt.*

Il est à remarquer que les donations entre époux régies par le sénatus-consulte de Caracalla se rapprochent des donations *mortis causa* qui sont révocables *ad nutum*. Aussi, les jurisconsultes romains, frappés de cette analogie, soumirent la donation entre époux à l'application de la loi Falcidie comme la donation à cause de mort.

La loi 32 § 1, Dig. 24, 1, le démontre en termes très nets.

Nous venons de voir que la donation entre-vifs faite d'époux à époux est nulle. Au contraire, la donation à cause de mort est valable.

Ulpien (loi 9 § 2, Dig. 24, 1) nous l'apprend en ces termes : *Inter virum et uxorem mortis causa donationes receptæ sunt.* La raison en est que les donations à cause de mort ne produisent pas d'effet pendant le mariage.

In hoc tempus excurrit donationis eventus quo vir et uxor esse desinunt (Gaius, loi 10, Dig. 24, 1). Semblables en cela aux legs, elles peuvent être à tout moment anéanties par le repentir du donateur.

Dans ces conditions on n'a pas à redouter que les époux « *mutuato amore invicem spoliarentur donationibus non temperantes... nec venalia fuissent matrimonia.* »

Par surcroît de précaution, et dans la crainte qu'un époux ne pût accorder, comme par une donation entre-vifs, un avantage immédiat à son conjoint, la donation à cause de mort entre époux ne produit pas comme la donation à cause de mort ordinaire son effet immédiatement. La translation de propriété au donataire n'a lieu qu'au décès du donateur. C'est ce qui résulte de la loi 11, Dig. 24, 1 (*Principio*)

Res non statim fiunt ejus cui donatæ sunt, sed tunc demum cum mors insecuta est. Medio igitur tempore dominium remanet apud eum qui donavit.

Nous avons dit que comme les legs, les donations à cause de mort sont permises entre époux, il faut ajouter entre ces deux modes de libéralités, cette autre ressemblance, que le droit de révocation est de l'essence des donations à cause de mort entre époux comme des legs eux-mêmes.

Le caractère commun à toutes les donations à cause de mort c'est leur révocabilité jusqu'à la mort du donateur. Mais nous avons exposé qu'entre

époux, le donateur ne peut pas renoncer à ce droit de révocation.

Le droit de révocation est de l'essence des donations entre époux, il n'est que de la nature des donations *mortis causa* entre toutes autres personnes. Ce qui le prouve, c'est que la donation à cause de mort est permise entre époux précisément à cause de la révocabilité *ad nutum*, qui est un élément habituel de ces donations ; c'est ensuite que la translation de propriété n'a jamais lieu immédiatement, afin qu'elle puisse être révoquée à volonté. D'ailleurs, le caractère normal de la donation à cause de mort, c'est la révocabilité ; la donation à cause de mort permise entre époux c'est donc celle qui a conservé tous ses éléments habituels. Si l'un d'eux fait défaut, la donation à cause de mort est dénaturée, elle cesse alors d'être licite entre époux. C'est ce qui arrive notamment lorsque sa révocabilité naturelle disparaît en vertu d'une renonciation du disposant.

Cette opinion n'est pas admise unanimement. On objecte que toute donation à cause de mort est permise entre époux sans distinguer si elle est ou non révocable *ad nutum*, parce que Ulpien dit dans la loi 11 § 1^{er}, Dig. 24, 1. *Omnis donato mortis causa valet inter virum et uxorem.*

Il faut bien comprendre ce texte. Ulpien ne s'y propose pas de trancher la question de la révocabilité. Il se place au point de vue de la translation

immédiate de propriété et affirme qu'entre époux la donation est valable sans qu'on ait à rechercher si, faite *inter extraneos*, elle aurait pour résultat de rendre le donataire immédiatement propriétaire, ou seulement à la mort du donateur.

Une lecture attentive de l'ensemble du texte le démontre clairement.

On dit que la donation entre époux est révoquée en cas de divorce. Cette façon de parler est trop absolue. Il s'agit avant tout d'une question d'intention. Quand le donataire signifie le divorce au donateur, on peut penser que celui-ci, par représailles, retire son bienfait, ce serait un cas de révocation tacite. Mais qu'on ne dise pas : ce résultat se produit nécessairement ; car les époux, loin de chercher à se faire du tort à raison d'un divorce peuvent, au contraire, se gratifier en vue de ce divorce, de telle sorte que la rupture du mariage devient non pas une cause de révocation, mais la cause d'une libéralité.

DONATION D'UN PATERFAMILIAS A SON FILS.

Cette espèce de donation a traversé trois états successifs dans lesquels le moment de la perfection et de l'irrévocabilité n'a pas toujours été le même.

Dans le droit classique, le fils de famille *in potestate* ne peut acquérir pour lui-même ; ses acquisitions profitent au *paterfamilias*, il ne peut rien rece-

voir même de son *pater*. Une donation faite par ce dernier serait nulle et le *filius* ne deviendrait pas propriétaire, il ne pourrait même pas usucaper après le décès du *pater* faute d'une *justa causa*, et le bien donné se confondant dans la masse de la succession, serait indivis entre tous les héritiers du *pater*.

Celui-ci, se repentant, n'avait donc à cette époque aucun besoin de révoquer la donation puisqu'elle n'existait pas en droit. Il devait simplement s'abstenir de confirmer sa libéralité par une disposition expresse de son testament ou avoir soin, dans le cas où il émanciperait son fils, de lui retirer son pécule.

Les deux seuls moyens de faire produire à la donation ses effets étaient : 1° la confirmation testamentaire ; 2° l'abandon du pécule au cas d'émancipation.

Vers le troisième siècle des rescrits tempérèrent la règle d'après laquelle le père ne pouvait pas faire une donation valable au profit de son *filius* demeuré en puissance. Il résulte en effet des §§ 274 et 281 des Fragments du Vatican que le silence du père donateur gardé jusqu'à sa mort fut considéré comme une confirmation de la donation ; l'objet donné devenait alors la propriété du fils donataire au moment de la mort du *pater* donateur. Nous lisons en effet au § 274 : *Licet in potestate filii sunt degentes donationum effectum a patre sibi conlatum mox consequi non posse videantur, tamen perseverante voluntate ad instar mortis causa dona-*

tionis hujusmodi liberalitatem redigi oportere retro principum rescriptis cognoscitur esse concessum.

De même au § 281 : *Si pater, qui per epistolam res tibi dono denit, non revocata liberalitate, nec mutata voluntate, fatalem diem intestato obiit, inlibata donatio permanet...*

Lorsque cette doctrine fut établie, les biens donnés ne tombaient plus, au décès du père, dans l'indivision. Le *filius familias* acquérait sur eux un droit de propriété exclusif et les obtenait en plus de sa part dans la succession. Le juge de l'action *familiæ erciscundæ* les lui attribuait avant tout partage.

Justinien distingua si la valeur de la donation faite par un *paterfamilias* était inférieure ou supérieure au taux nécessitant l'insinuation. Si la donation est insinuée ou affranchie par son montant de l'insinuation, elle peut être confirmée par le silence du *pater* prolongé jusqu'à sa mort, et la donation est traitée comme donation entre-vifs. Si l'insinuation a été négligée, pour tout ce qui excède 500 solides, la validité de la donation est subordonnée à une confirmation testamentaire ce qui transforme la donation en libéralité *mortis causa*. C'est ce qu'exprime la loi 25 au Code, Liv. V, tit. 16, dans les termes suivants : *... ita firmas esse per silentium donatoris si usque ad quantitatem legitimam vel eam excedentes actis fuerint intimatæ... amplioris.*

Quantitatis donationem minime intimatam nec per silentium ejus qui donavit confirmari... Sin vero speciali-

ter eas in suprema voluntate donator confirmaverit sine ulla distinctione ratæ habebuntur.

Ce que nous venons de dire est relatif aux donations entre-vifs. Demandons-nous si un *paterfamilias* peut faire à son *filius* une *donatio mortis causa*.

Pour qu'une telle donation soit possible, il faut : 1° que le donataire devienne *sui juris* à la mort du donateur ; 2° que la propriété soit transférée *vivo donatore*. Sans l'une ou l'autre de ces conditions le donataire n'acquiert pas pour lui le bien donné.

La donation ne peut être efficace que si elle se réalise à un moment où le fils de famille est sorti de la puissance paternelle, c'est-à-dire au moment de la mort du *pater* donateur.

Après avoir fait ainsi, en quelques mots, l'historique des donations dont un *pater* pouvait gratifier son fils, nous devons examiner quelques questions relatives aux donations faites aux fils de famille ou par eux.

1° *Donation à cause de mort faite par un tiers à un fils de famille.* — Si la donation est faite par le tiers sous la condition de la mort, il est important de déterminer si la survie qui doit valider la donation faite au fils de famille est la survie du *paterfamilias* ou la survie du *filius* donataire. Le disposant ne pourra-t-il pas révoquer sa libéralité en cas de prédécès du père de famille bien que le fils ait été désigné comme donataire ?

Mais pourquoi cette question ?

Parce que nous avons dit que toute acquisition réalisée par le *filius familias* profite à son *pater*. Si le bénéfice de la donation profite au *pater*, n'est-ce pas lui qui, en somme, reçoit la donation, et dès lors n'est-ce pas sa survie au donateur qui doit valider la libéralité ?

La question ne peut être tranchée d'une façon absolue : celui-là doit survivre au donateur qui est vraiment donataire aux yeux du disposant ; si ce dernier a voulu gratifier le *paterfamilias* par l'intermédiaire de son fils, ce sera la survie du *pater* qu'il faudra envisager ; si au contraire la libéralité s'adressait directement au *filius*, la mort du *pater* n'aura aucune influence sur la validité de la donation.

Il est naturel de penser qu'en cas de donation faite à un *filius familias* par un tiers, si l'intention de gratifier le *pater* par ce moyen indirect n'apparaît pas manifestement, il faut tenir la libéralité pour adressée au *filius familias*.

2° A qui appartient le droit de révoquer une donation à cause de mort faite par un fils de famille ?

Quand les fils de famille purent posséder des biens propres, ces biens composèrent leur pécule. Les biens qu'ils devaient à la générosité de leur père formaient le pécule profectice. Or les textes nous apprennent que le fils de famille ne pouvait disposer des biens du pécule profectice qu'avec le consentement du père qui les avait donnés, car le père en conservait encore la pleine propriété. On peut se demander alors qui

devra révoquer la donation faite avec les deux volontés réunies du père et du fils.

Il faut décider que la faculté de révoquer n'appartient pas à un seul des donateurs, mais bien aux deux cumulativement. Le père pourra révoquer car étant propriétaire des biens, c'est lui qui donne ; le fils pourra révoquer car le consentement apporté par le père à la donation que le fils a faite en vue de la mort, investit ce fils de tous les droits qui peuvent résulter pour le donateur, de ce mode de disposer,

DROIT FRANÇAIS

ÉTUDE

SUR

LE CONFLIT DES LOIS

SPÉCIAL A L'ALGÉRIE

INTRODUCTION

L'Algérie appartient à la France par droit de conquête.

Le premier acte d'un conquérant c'est *l'occupation* par ses armées du territoire ennemi. Or, le seul fait de l'occupation n'enlève pas à un pays sa nationalité actuelle, ni ses lois accoutumées. Il est admis, en droit des gens, que la nationalité et les lois du vainqueur ne peuvent être imposées aux vaincus, qu'au moment où leur territoire passe de l'état de territoire *occupé* à celui de territoire *annexé*.

De 1830 à 1834, l'Algérie fut seulement un pays *occupé* militairement, et encore elle ne le fut qu'à

titre provisoire. Les ordonnances du 6 juillet 1830, du 1^{er} décembre 1831, du 6 décembre 1831, du 20 avril 1832 le disent en toutes lettres. C'est seulement l'ordonnance du 22 juillet 1834 qui a remplacé l'occupation provisoire par une possession définitive. Donc, jusqu'à cette date, les lois civiles françaises n'ont point été applicables aux indigènes algériens ; ceux-ci ont continué à vivre comme par le passé sous l'empire de leurs coutumes traditionnelles.

Mais à partir de 1834 les lois de la France devinrent de plein droit les lois du pays conquis, et elles auraient dû être seules appliquées aux algériens si une exception légitime n'était venu faire échec, en ce qui concerne l'Algérie, au principe de droit international que nous avons énoncé.

Dès le lendemain de la conquête, les Français avaient garanti aux indigènes africains le respect de leur religion et de leurs lois. La Convention conclue le 5 juillet 1830, aussitôt après la capitulation d'Alger, entre le général en chef de l'armée française et le dey d'Alger, énonçait ces garanties : « L'exercice de la religion mahométane restera libre... La liberté des habitants, leur religion, leurs propriétés, leur commerce et leur industrie ne recevront aucune atteinte. »

La religion mahométane ne comprend pas seulement des principes religieux, elle renferme aussi des principes civils. Le Coran contient tout ensem-

ble les dogmes et le droit des musulmans. Respecter la religion, c'était respecter aussi les lois des indigènes.

Bien que la convention eût omis de mentionner la religion israélite si répandue en Algérie, l'autorité française, par esprit de conciliation, lui étendit tous les privilèges conférés à la religion de Mahomet.

Les Israélites conservèrent donc le bénéfice de leur législation propre, à raison de la confusion qui existe entre la loi civile et la religion juives.

Par suite, tous les indigènes algériens continuèrent à obéir à leurs lois particulières; les musulmans demeurèrent soumis au Coran qui est un code à la fois civil et religieux, les Israélites au Pentateuque qui a également ce double caractère.

Sans doute, il paraît raisonnable de régir tout pays annexé par les lois du pays annexant et de placer sous l'empire d'une même législation les divers peuples soumis à une même souveraineté; mais n'est-ce pas un habile calcul du vainqueur, de ménager les sentiments du vaincu en ayant égard à la diversité d'origine et de race qui peut le séparer de lui, et à la différence des mœurs qui varient suivant les climats et les latitudes?

On voit qu'aux premiers temps de notre colonie, la législation française ne trouve en Algérie qu'une application fort restreinte. Seuls, les citoyens

français venus à la suite de nos armées, y étaient soumis. Aujourd'hui encore, ce sont les lois musulmanes qui comptent le plus grand nombre de sujets. D'après les dernières statistiques ethnographiques, le nombre des citoyens français actuellement établis en Algérie atteint seulement le chiffre de 233.937. Il faut y ajouter 35.665 Israélites naturalisés, soit en tout 269.602 habitants régis par les lois françaises.

Les indigènes musulmans sont au nombre de 2.850.866. Disons en quelques mots quelles sont les sources de leur droit.

Pour les nations européennes, les lois civiles sont absolument distinctes des dogmes religieux. Il n'en est pas de même pour les musulmans. Le Coran qui est leur Evangile, est aussi le fondement de leur législation civile.

Le Coran est complété par *la Sounna*, c'est à dire par l'enseignement du Prophète. Cet enseignement a été recueilli dans des livres sacrés dont le plus célèbre est appelé *El Sahih*, l'*Authentique*, et jouit d'une très grande autorité.

Le Coran et *la Sounna* ont été interprétés par des commentateurs qui ont créé des sectes diverses ; chacune d'elles suit des coutumes et des usages particuliers. Quatre commentateurs sont considérés comme orthodoxes ; ce sont : *Hanefi* qui a créé la secte des *Hanefites*, laquelle se recrute principalement chez les Turcs ; *Malek* qui a créé la secte des *Male-*

kites, à laquelle appartiennent presque tous les Algériens; *Chafei* qui a créé la secte des *Chafeites* et enfin *Hanbal* qui a créé la secte des *Hanbalites*. Tous les autres commentateurs sont appelés *Chiïtes* ou hérétiques.

Les livres saints du Mahométisme traitent des questions de droit relatives à l'état des personnes et à la transmission des biens par voie de succession. Ils contiennent aussi la législation pénale.

Donc, pour tout ce qui concerne le statut personnel et la dévolution des biens par succession les indigènes sont restés soumis aux principes juridiques renfermés dans le Koran et dans la Sounna, puisque le législateur français s'est abstenu de légiférer en matière personnelle et successorale, mais à part ces matières, notamment en ce qui touche le régime immobilier, le législateur français a usé de son droit de souverain, il a imposé aux indigènes les lois qui lui ont semblé bonnes.

Depuis la capitulation de 1830, l'état législatif de l'Algérie n'est pas demeuré immobile et stationnaire.

Il a subi des modifications, il a marché dans le sens d'une assimilation progressive avec l'état législatif de la métropole.

Si le régime de l'Algérie a varié, il variera encore. Le régime actuel n'a rien de définitif; son évolution se rapprochera sans cesse du régime de droit commun français dont il se sépare encore aujourd'hui sur bien des points.

Nous parcourrons les phases diverses qui ont marqué les progrès de la législation métropolitaine au détriment de la législation indigène. Presque exclusivement souveraine à l'origine, cette dernière a vu décroître peu à peu son empire. Au fur et à mesure que s'opérera la fusion de la race arabe dans la race française, les lois du vainqueur supplanteront les lois des vaincus, jusqu'au jour où l'Algérie ne connaîtra plus qu'une seule loi, comme elle ne connaît aujourd'hui qu'une seule souveraineté.

Mais en attendant le moment où se produira la parfaite identité législative entre la colonie et la métropole, le régime actuel de l'Algérie donne naissance à des problèmes juridiques d'un grand intérêt.

Ces problèmes résultent de l'antagonisme qui ne peut manquer d'éclater entre les diverses législations applicables en Algérie ; législations indigènes d'une part et législation française d'autre part.

Cet antagonisme se manifeste par des conflits où nos magistrats déploient leur sagacité en s'efforçant de faire prévaloir les lois françaises sur toutes autres, mais qui leur crée souvent d'énormes difficultés, et rendent leur tâche singulièrement délicate.

Quels sont donc les conflits de lois propres à l'Algérie ? Ils sont de deux sortes. Ils s'élèvent : 1° entre la loi territoriale et l'une des lois personnelles ; ou bien, 2° entre deux lois personnelles.

La loi territoriale est celle qui a été créée par le maître du territoire, et qui, sauf des exceptions formellement admises par ce maître, s'impose à toute personne vivant et résidant dans toute l'étendue du territoire.

Tels sont bien les caractères que revêt la loi française en Algérie. Du jour où ce pays a été déclaré territoire français, la loi française s'est implantée sur le sol qui portait le drapeau français; elle en est devenue la loi territoriale, c'est-à-dire la loi souveraine.

Mais cette souveraineté n'est pas absolue, elle subit quelques restrictions. Il faut tenir compte de l'autorité relative qui a été reconnue à certaines lois indigènes. La loi israélite et la loi musulmane gouvernent, à titre exceptionnel, certains groupes d'individus d'une origine et d'une race particulières.

Au dessus de ces exceptions, la loi française plane à titre de règle et s'étend partout où une dérogation expresse au principe de la territorialité ne lui fait pas échec.

On voit par là combien est différent le domaine de la loi française du domaine des lois indigènes.

Ces dernières n'ont qu'un empire tout personnel. Elles régissent le statut de certaines catégories d'habitants très nettement délimitées. La loi musulmane régit la condition personnelle des musulmans, la loi israélite a régi la condition personnelle des israélites jusqu'au jour où ils sont devenus citoyens fran-

çais. Dans toutes les matières non expressément réservées par des actes législatifs français pour constituer le domaine de la législation indigène, la loi française demeure seule applicable.

De là, la nécessité d'exposer le partage que les actes législatifs français ont établi entre la loi territoriale et les lois personnelles en Algérie. Nous verrons ainsi quel est le champ d'application propre à chacune des législations qui sont en vigueur en Algérie, et nous constaterons que, dans certaines matières, un conflit est impossible.

D'autre part, les rapports, de plus en plus fréquents, des indigènes avec les nationaux ont fait naître des difficultés juridiques que la limitation du domaine de la loi territoriale et du domaine des lois personnelles, ne peut résoudre toute seule.

La loi suivant laquelle certains procès intéressant à la fois des personnes de race différente, doivent être tranchés, peut être soit la loi territoriale française, soit l'une des lois personnelles indigènes. L'hésitation du juge entre ces diverses lois se conçoit, puisque à l'occasion d'un rapport juridique entre habitants de catégories différentes, elles peuvent toutes entrer en lutte. Ainsi, la loi personnelle d'un indigène algérien peut se heurter soit à la loi territoriale maîtresse du sol sur lequel il vit, soit à la loi personnelle d'un autre habitant de la colonie, avec lequel il est en procès.

C'est de cette façon que prend naissance le double

conflit que nous avons annoncé plus haut. La détermination de la loi applicable au procès, c'est la solution du conflit.

DIVISION : Nous nous proposons l'étude du conflit des lois propre à l'Algérie. Indiquons les cadres de cette étude.

Titre I. *Conflit de la loi territoriale avec les lois personnelles.* — A l'origine, le domaine de la loi territoriale française était insignifiant. Peu à peu, ce domaine s'est étendu au détriment du domaine des lois personnelles. Le jour où la loi territoriale sera devenue seule applicable, en Algérie, tout conflit législatif sera devenu impossible.

Or, le triomphe absolu de la loi territoriale française est préparé :

Chapitre I^{er} : *Progrès législatifs.* — 1^o Par les progrès que la loi française réalise en étendant son champ d'application au préjudice des lois indigènes personnelles.

Nous montrerons donc ces progrès réalisés au moyen d'actes législatifs qui ont effectué un véritable partage du droit privé entre la loi territoriale et les lois personnelles. Nous énoncerons ces actes dans leur ordre chronologique, parce que cet ordre a le grand avantage de faire ressortir l'esprit dans lequel ils ont été conçus, et d'indiquer le but auquel ils ont constamment tendu : à savoir l'assimilation complète de la colonie avec la métropole au point de vue législatif et judiciaire.

Nous dirons quelle est la délimitation actuelle du domaine territorial et du domaine personnel, et nous résumerons la conquête lente des juridictions françaises sur les juridictions indigènes.

Chap. 2 : *L'option*. — 2° Par le droit d'option qui est offert aux indigènes et qui leur permet d'abandonner leur loi personnelle pour se soumettre à la loi territoriale.

Nous parlerons de l'option de juridiction et de l'option de législation ; nous montrerons que les actes législatifs français ont toujours réservé l'une et l'autre, et nous exposerons quelle est l'étendue du droit d'option à l'heure actuelle.

Chap. 3 : *La Naturalisation*. — 3° Par la naturalisation des indigènes qui enlève ceux-ci à l'empire des lois personnelles pour les faire passer sous l'empire des lois françaises.

Titre II. *Conflit des lois personnelles entre elles*. — Nous dirons comment ce conflit a été successivement réglé depuis l'origine de la colonie et comment il l'est actuellement.

Dans chaque chapitre, indépendamment de l'exposé historique et législatif, nous examinerons la jurisprudence qui s'est formée successivement sur les diverses matières traitées et les questions délicates que la jurisprudence et la doctrine ont soulevées en chacune d'elles.

Observation. — On remarquera que nous nous proposons exclusivement l'étude du conflit législatif *propre* à l'Algérie, c'est-à-dire de ce conflit qui éclate entre la loi française d'une part et une loi indigène d'autre part.

Mais à côté de ce conflit, qu'on pourrait appeler un conflit *colonial*, *interne*, puisqu'il naît à l'occasion de lois trouvées dans la colonie lors de la conquête, et qu'il s'élève au sein d'un même et unique Etat, il existe en Algérie, comme en France, un conflit *international* qui apparaît en vertu de l'antagonisme existant entre la loi française d'une part et une loi *étrangère* d'autre part, non plus une loi *indigène*.

Le conflit international commun à l'Algérie et à la France, mériterait aussi une étude au point de vue de l'influence qu'exerce sur lui le régime de la personnalité des lois en Algérie.

En effet, le conflit de la loi française avec une loi étrangère ne se règle pas exactement de la même manière en Algérie et en France.

Les solutions du droit international privé appliquées en France, ne peuvent pas s'appliquer d'une façon identique en Algérie. Par exemple, si le conflit s'élève entre la loi française et la loi personnelle d'étrangers musulmans ou israélites, il ne suffirait pas de chercher si c'est la loi musulmane en général ou la loi israélite en général qui devra prévaloir, mais plus particulièrement, laquelle des diverses lois musulmanes ou des différentes lois israélites, puisque

les musulmans suivent plusieurs rites distincts composant chacun une législation religieuse propre, et les israélites en plusieurs sectes ou communautés, séparées les unes des autres au point de vue législatif.

(Voir une application de cette idée : *Revue algérienne*, 1886, I, p. 63 et 75 ; 1886, II, p. 259) et *Journal de la jurisprudence* de la Cour d'Alger par Robe, vol. 1886, p. 263).

Autre exemple ; si le conflit éclate entre la loi française et une loi étrangère quelconque, à l'occasion d'un rapport juridique où se trouve impliqué un étranger résidant en Algérie, la solution qui serait appliquée en France devra être mise en harmonie avec la condition toute spéciale qui est faite aux étrangers vivant en Algérie, condition plus favorable que celle où ils se trouvent lorsqu'ils vivent en France.

(Voir notamment : sur la question de l'hypothèque légale de la femme étrangère en Algérie : Dissertation de M. E. Robe. *Journal de la Cour d'Alger*, 1860, p. 194 ; arrêt, cass., 20 mai 1862, Robe 1862, p. 211 avec la note de M. Labbé et les conclusions de M. l'avocat général de Raynal, p. 230. (Jurisprudence : Robe, arrêt Cour d'Alger, 1860, p. 187 ; arrêt Cour d'Alger, 1865, p. 243 ; trib. civil de Bone, 1867, p. 130 ; Cass. Ch. civ. 5 février 1872. Robe, 1872, p. 167).

L'étude de ces questions nous aurait détourné du but que nous nous sommes proposé, et qui est l'examen du conflit législatif *propre*, spécial à l'Algérie.

TITRE I.

CONFLIT DE LA LOI TERRITORIALE AVEC LES LOIS PERSONNELLES

CHAPITRE PREMIER

PROGRÈS RÉALISÉS PAR LA LOI TERRITORIALE FRANÇAISE
SUR LES LOIS PERSONNELLES INDIGÈNES ET PAR LES
JURIDICTIONS FRANÇAISES SUR LES JURIDICTIONS INDI-
GÈNES. — ETAT ACTUEL.

Nous diviserons ce premier chapitre, en cinq sections. L'énonciation des actes législatifs qui ont séparé le domaine territorial du domaine personnel ne saurait être faite avec clarté que si l'on se place successivement aux cinq points de vue suivants :

SECTION I. — *Loi pénale et matières d'ordre public.*

SECTION II. — *Régime législatif des personnes ; questions d'état et rapports de famille.*

SECTION III. — *Loi réelle.*

SECTION IV. — *Les Contrats.*

SECTION V. — *Organisation judiciaire. Questions de compétence et de procédure.*

Nous allons indiquer dans chacune de ces sections les progrès réalisés par les lois de la France au moyen des actes législatifs de diverses sortes, promulgués en Algérie, puis nous exposerons l'état de la jurisprudence en chacune des matières envisagées.

SECTION I. — § 1. *Régime pénal.*

Les premiers progrès de la loi et de la juridiction françaises sur les lois et juridictions indigènes furent réalisés en matière pénale.

On prévint, au lendemain de la conquête, les graves dangers qu'il y aurait à laisser s'exercer, en dehors de l'action française, la justice criminelle qui est une des plus importantes prérogatives de la souveraineté. Un arrêté du 16 août 1832 soumit les jugements correctionnels des cadis à l'appel devant la Cour de Justice française, et les jugements criminels à l'appel devant le Conseil d'administration.

L'expérience démontra qu'on ne pouvait se contenter de surveiller et de réviser les actes de la justice musulmane au criminel. Un progrès plus décisif fut accompli par l'ordonnance du 10 août 1834.

Cette ordonnance qui est le premier document important dans l'histoire de la législation algérienne disposait en effet : (10 août 1834 Ménerville tome I, p. 386).

(Art. 32) Les tribunaux français connaissent de toutes les infractions aux lois de police et de sûreté,

à quelque nation ou religion qu'appartienne l'inculpé ; de tous les crimes ou délits commis par des Français, des israélites, ou des étrangers ; des crimes ou délits commis par des musulmans indigènes au préjudice des Français, d'israélites ou d'étrangers.

(Art. 33). Ils ne peuvent prononcer d'autres peines que celles établies par le Code pénal français.

(Art. 34). Si le prévenu est un indigène et si le fait à lui imputé n'est ni prévu, ni puni, par la loi du pays, les tribunaux peuvent modérer indéfiniment la peine et même renvoyer le prévenu absous.

Toutes les fois qu'un musulman était mis en jugement comme coupable ou complice d'un délit ou d'un crime, le juge français devait être assisté d'un assesseur musulman ayant voix consultative. Le tribunal supérieur, constitué en tribunal criminel, s'adjoignait, lorsqu'il devait prononcer contre un musulman, deux assesseurs ayant voix délibérative sur la déclaration de culpabilité et voix consultative sur l'application de la peine. (Art. 35 et 36).

Les musulmans indigènes prévenus de crimes ou délits contre la personne ou la propriété d'autres musulmans aussi indigènes sont jugés par le cadi ou les autres juges du pays, selon la loi et les formes antérieures à l'ordonnance. Néanmoins, aucun jugement de condamnation ne peut être mis à exécution, qu'après avoir été revêtu du visa du procureur général à Alger, et de son substitut à Bône ou à Oran. (Art. 39).

Tout jugement portant condamnation à la peine de mort ne pouvait être exécuté sans l'autorisation écrite du gouverneur. (Art. 44).

Si le juge musulman négligeait ou refusait de poursuivre ses coréligionnaires, le tribunal supérieur français pouvait d'office ou sur la réquisition du procureur général évoquer la poursuite. (Art. 44).

Le législateur français affirmait ainsi sa suprématie en matière pénale, en enlevant aux tribunaux indigènes le droit de statuer dans plusieurs cas, (art. 32, 37 §§ 1 et 2); en assurant le contrôle de l'autorité française sur les jugements portant condamnation, prononcés par les magistrats indigènes dans les cas où ils restaient compétents, (art. 39 § 2 et art. 44).

C'était vis-à-vis de la loi pénale musulmane que le législateur français se montrait le moins entreprenant (art. 32, § 3). Tandis qu'il s'attribuait le droit de punir les crimes ou délits commis par un étranger contre un étranger, par un israélite contre un israélite, il laissait à l'autorité musulmane le soin de punir ceux commis par un musulman contre un musulman.

Les musulmans conservaient l'impunité pour des infractions qu'un citoyen français aurait expiées, lorsque la sécurité de l'armée et la possession du sol algérien n'en étaient point compromises (article 37, § 2). La complaisance et la magnanimité du vainqueur ne pouvaient aller plus loin.

A la fin, elles se lassèrent. On s'avisa que, par le

fait même de la conquête, les lois de la France avaient étendu leur empire jusque sur le territoire algérien. Or, il y a certaines lois dont l'Etat est maître absolu de déterminer le champ d'application parce que sa bonne organisation, sa souveraineté, son existence même en dépendent. Parmi ces lois, celles de police et de sûreté qui aux termes de l'art. 3 du Code civil, s'imposent à toute personne habitant ou résidant sur un territoire français.

Dès lors, il ne fallait plus tolérer, en Algérie, la rivalité de lois pénales indigènes avec les lois pénales françaises, dans les matières dont celles-ci s'étaient occupées.

Ce nouveau progrès vers le régime législatif de droit commun français, fut réalisé par l'ordonnance du 28 février 1841 qui enleva aux tribunaux musulmans le droit de prononcer des peines dans toutes les matières punies par les lois françaises (art. 45). L'ordonnance du 26 septembre 1842 (art. 38) renouvela cette déclaration de principe en proclamant que les juges français exerceraient seuls et à l'encontre de toute personne, quelle que fût sa nationalité ou sa religion, la juridiction répressive. (1)

Enlever aux magistrats musulmans le droit de se prononcer en matière répressive quand l'infraction était prévue par le Code pénal, c'était bien enlever dans ce cas toute autorité à la législation pénale indigène, puisque seuls, les juges indigènes auraient

1. 28 février 1841. Ménerville. I, p. 390. — 26 septembre 1842. Ménerville. I, 303.

pu en procurer l'application. Toutefois, les cadis conservèrent le droit de connaître des infractions punies par la loi musulmane et qui ne constituaient selon la législation française ni crime, ni délit, ni contravention (art. 44).

Depuis cette ordonnance du 26 septembre 1842, la juridiction répressive appartient à l'autorité française exclusivement, à *l'égard de toute personne*, pour les fautes prévues par la loi française. Sous l'empire de cette ordonnance, les musulmans relevaient quant à leurs délits de la juridiction des tribunaux correctionnels français, sauf dans les territoires situés hors du ressort des tribunaux français. Les délits commis par les musulmans en territoire militaire étaient punis par l'autorité militaire française, seules les peines édictées par les lois françaises pouvaient être infligées aux indigènes.

Pour leurs crimes, les indigènes comparaissaient dans le ressort d'Alger, devant la Cour royale constituée en chambre criminelle ; dans les autres ressorts, devant les tribunaux de première instance. La nation, la religion du coupable étaient de nulle considération. Aujourd'hui, le système pénal de l'Algérie est organisée de la façon suivante :

1° Dans les territoires soumis au régime civil ;

En conséquence de l'extension de compétence qui leur a été accordée, les juges de paix ont une compétence correctionnelle. Ils connaissent des contraventions qui, en France, sont déférées aux tribunaux

correctionnels ; et des délits, lorsque la peine édictée est inférieure à six mois de prison et cinq cents francs d'amende. (Décret du 19 août 1854).

Les crimes sont jugés par des cours d'assises depuis le décret de 1854, et l'institution du jury fonctionne depuis un décret du 24 octobre 1870.⁽¹⁾ Mais il y a quelques différences avec la législation de la métropole au point de vue de la formation des listes du jury. Notamment, le rôle de l'élément judiciaire est loin d'être sous ce rapport aussi important en Algérie qu'en France. Tandis que la formation du jury s'effectue en France, conformément à la loi du 21 novembre 1872, la composition de la liste s'opère en Algérie d'après le décret du 7 août 1848 qui a été déclaré applicable à la colonie et qu'une loi du 30 juillet 1881 a modifié de façon à augmenter le nombre des sessions et à diminuer le poids des charges que l'institution du jury fait peser sur les habitants de l'Algérie.

2° En territoire de commandement, les indigènes sont justiciables des conseils de guerre, non plus des juridictions de droit commun ; mais seulement les indigènes musulmans, car les indigènes israélites ont été soustraits à la juridiction exceptionnelle des conseils de guerre par un décret du 15 mars 1860.

L'Algérie possède deux conseils de guerre par province et un conseil de révision établi à Alger.

Pour certains délits, d'ailleurs assez mal définis, les indigènes musulmans sont justiciables en vertu

1. 24 oct. 1870. *Méner.* III. 187.

d'un arrêté du 14 nov. 1874 des commissions disciplinaires établies en territoire de commandement (1).

En vertu de l'article 17 d'un arrêté en date du 6 avril 1860, les officiers d'administration des territoires de commandement sont investis de pouvoirs disciplinaires et par suite peuvent infliger directement certaines peines aux indigènes musulmans.

En territoire civil, pour assurer la promptitude du châtiment, on a investi pour une durée de sept années (loi du 28 juin 1881) les administrateurs des communes mixtes du pouvoir d'infliger directement les peines de simple police aux indigènes coupables des infractions spéciales à l'indigénat.

Ces infractions sont prévues et déterminées par des arrêtés préfectoraux conformément à l'article 17 du décret du 29 août 1874.

Enfin, les indigènes sont exposés à des mesures de répression spéciales que nous devons indiquer.

Séquestre. — Il consiste dans la confiscation de la terre au profit de l'Etat. Le châtiment du coupable résulte de la déposssession de la terre qui lui appartient. (2)

Le séquestre s'établit par arrêté du gouverneur général, le conseil de gouvernement entendu. Les infractions pouvant motiver le séquestre sont énon-

1. C'est ainsi que les Mozabites établis dans le cercle de Ghardaïa (Mzab) en territoire militaire, relèvent en matière criminelle des conseils de guerre et des commissions disciplinaires.

2. Cette espèce de confiscation rappelle les dispositions de la loi du 9 février 1792 concernant les biens des émigrés.

cées dans une ordonnance en date du 31 octobre 1845 : Actes d'hostilité contre la France. Prêt d'assistance à l'ennemi ou entretien d'intelligence avec lui. — Abandon des propriétés pour passer à l'ennemi ; désertion d'un territoire.

Le séquestre disparaît soit à la suite d'une demande en main-levée présentée au gouverneur général, soit par une remise gracieuse du bien confisqué.

Responsabilité collective. — Elle consiste à rendre une collectivité d'individus responsable de la faute d'un seul ou de plusieurs. C'est une mesure de salut public qui blesse l'équité. Elle ne s'applique que dans un seul cas, lorsqu'il y a eu incendie de forêts. Dans cette hypothèse, la responsabilité collective se justifie par la solidarité qui existe entre les membres de la tribu arabe voisine de la forêt incendiée.

Le séquestre et la responsabilité collective, mesures exceptionnelles de répression, ne sont pas à l'abri de toute critique, l'intérêt supérieur de la colonie peut seul les expliquer.

§ 2. *Matières d'ordre public.*

En dehors de la matière pénale, le législateur français a voulu se réserver de régir certaines matières qui revêtent un caractère d'ordre public.

L'ordre public comprend tout ce qui touche à la bonne organisation du pays. Donc il importait de suspendre ou de contenir l'application des lois indigènes lorsque cette application menaçait de compromettre l'organisation de la colonie, l'intérêt de l'individu disparaissant devant l'intérêt de la société dont il est membre, la législation personnelle de l'habitant devant la législation issue du pouvoir souverain dans le pays.

Les matières que le législateur a maintenues sous son exclusive autorité sont les suivantes :

Taux de l'intérêt. — Le législateur français a voulu réglementer souverainement le taux de l'intérêt en Algérie ou plutôt déclarer que le taux de l'intérêt resterait en dehors de toute réglementation et que la volonté des parties serait libre de le fixer arbitrairement, (ordonnance du 7 décembre 1835), parce qu'il importait à la prospérité de la colonie que le loyer des capitaux échappât à toute réglementation aussi bien de la part d'une loi indigène quelconque que de la part de la loi française elle-même. Il fallait en effet engager les capitaux à venir dans la colonie (1)

1. C'est pour un motif analogue que le législateur français avait voulu que la contrainte par corps pût être appliquée en matière civile à l'égard de toute personne résidant en Algérie (art. 72, ordonnance 26 sept. 1842 ; art. 44, ordonnance 16 avril 1843), quelque fût d'ailleurs sa législation. Il fallait bien donner aux créanciers français le moyen de se garantir des ruses et de la mauvaise foi d'un débiteur insolvable en apparence, ruses et mauvaise foi d'autant plus possibles en Algérie que la population y est flottante

et laisser à l'emprunteur la liberté de compenser pour le prêteur le surcroît de risque par un surcroît de bénéfice.

En 1881, une loi du 27 août fixa pour tous les habitants de l'Algérie le taux de l'intérêt légal.

Dès l'année 1835 (1), la loi territoriale française avait fait rentrer dans son domaine la réglementation du taux de l'intérêt. L'ordonnance du 7 décembre avait décidé : 1° que le taux de l'intérêt conventionnel pourrait être librement déterminé par la volonté des contractants ; 2° que le taux de l'intérêt légal serait de 10 0/0 tant en matière civile qu'en matière commerciale.

Ramené en 1848 par un arrêté du pouvoir exécutif, dans le but de diminuer l'usure, au taux de 10 0/0, puis rendu à la liberté par décret du 11 novembre 1849, l'intérêt conventionnel est encore aujourd'hui fixé par la volonté des parties. En effet, la dernière loi relative au taux de l'intérêt en Algérie, a maintenu la liberté du taux de l'intérêt conventionnel, mais elle a réduit le taux de l'intérêt légal de la façon suivante : « A défaut de convention, l'intérêt légal en Algérie sera à l'avenir de 6 0/0, tant en matière civile qu'en matière de commerce. » (Art. 1^{er}, loi du 27 août 1881).

en grande partie, composée d'éléments divers, et que les sûretés peuvent plus facilement disparaître. (Arrêt Cour d'Alger 13 janvier 1862, Robe, 1862, p. 28).

(1) 7 déc. 1835. *Ménér.* I. 374.

Chose jugée. — L'autorité de la chose jugée n'existait pas en Algérie avant la conquête française. Le droit musulman ne la connaît pas (arrêt du 9 mars 1857, Cour d'Alger, Robe, 1859, p. 67). Il était donc toujours possible de faire se rétracter un cadi; les plaideurs qui avaient d'abord perdu leur procès parvenaient souvent à le gagner dans la suite en y mettant le prix.

Cet état de choses subsista jusqu'à l'ordonnance du 28 février 1841 qui décida que les sentences des cadis seraient susceptibles d'appel devant la Cour d'Alger. C'était par là même introduire le principe de la chose jugée dans les usages musulmans car comment accorder l'autorité de la chose jugée aux décisions du second degré si on ne l'accorde également aux décisions du premier degré en cas de non appel ? (Robe, 1863, p. 132, arrêt C. d'Alger, 25 mai 1863.)

L'ordonnance du 26 septembre 1842 reproduisit la même disposition.

Toutefois, il semblerait, d'après les arrêts de la Cour d'Alger, que ce fût seulement après le décret du 1^{er} octobre 1854 que le principe de la chose jugée fut appliqué aux décisions musulmanes (Robe, arrêt C. d'Alger 16 octobre 1861, 1861, p. 248 ; arrêt d'Alger 25 nov. 1862, 1862, p. 266 ; trib. civ. d'Alger, 31 déc. 1863, 1863, p. 299).

La conséquence de ceci : que les sentences musulmanes ont aujourd'hui l'autorité de la chose jugée,

est la source : une puissance sans opposition est
toujours source d'exploitation, tant qu'il existe d'un côté
des intérêts opposés à ceux de la puissance. (Léon
Duguit, *Le droit public*, Paris 1924, p. 117.)

La source, cette omnipotence des universités. La
Cour d'appel de Paris en 1897 (S. 1897, II, 101),
1898, p. 101, décide que les professeurs sont les
seuls titulaires de la source de la science, et que
l'État ne peut intervenir que dans la mesure où il
peut empêcher la source de se tarir. (Léon Duguit,
Le droit public, Paris 1924, p. 117.)

La Cour d'appel de Paris en 1897 (S. 1897, II, 101),
1898, p. 101, décide que les professeurs sont les
seuls titulaires de la source de la science, et que
l'État ne peut intervenir que dans la mesure où il
peut empêcher la source de se tarir. (Léon Duguit,
Le droit public, Paris 1924, p. 117.)

La Cour d'appel de Paris en 1897 (S. 1897, II, 101),
1898, p. 101, décide que les professeurs sont les
seuls titulaires de la source de la science, et que
l'État ne peut intervenir que dans la mesure où il
peut empêcher la source de se tarir. (Léon Duguit,
Le droit public, Paris 1924, p. 117.)

La Cour d'appel de Paris en 1897 (S. 1897, II, 101),
1898, p. 101, décide que les professeurs sont les
seuls titulaires de la source de la science, et que
l'État ne peut intervenir que dans la mesure où il
peut empêcher la source de se tarir. (Léon Duguit,
Le droit public, Paris 1924, p. 117.)

La Cour d'appel de Paris en 1897 (S. 1897, II, 101),
1898, p. 101, décide que les professeurs sont les
seuls titulaires de la source de la science, et que
l'État ne peut intervenir que dans la mesure où il
peut empêcher la source de se tarir. (Léon Duguit,
Le droit public, Paris 1924, p. 117.)

Il suit de là, que l'ayant-cause européen prétendant à des droits, non pas personnels mais appartenant à son auteur, ne peut plus les exercer que dans la mesure où cet auteur pourrait le faire lui-même ; quand même la limitation apportée à l'exercice de ces droits résulterait d'une décision de la juridiction propre à l'auteur et non compétente à l'égard de l'ayant-cause. En effet, il ne s'agit ni de la loi ni de la juridiction de ce dernier puisque ce n'est pas un droit personnel qu'il revendique.

L'Européen ne peut donc pas répudier un jugement de cadi passé en force de chose jugée qui aurait statué sur un droit qu'il revendique du chef de son débiteur musulman.

C'est ce que la Cour de Nîmes a décidé avec raison le 3 janvier 1866 sur cassation de l'arrêt précité de la Cour d'Alger (Robe, 1866, p. 79).

Faillite. — Les dispositions du Code de commerce relatives à la faillite s'appliquent en Algérie aussi bien qu'en France à toute personne faisant du négoce quelles que soient sa nationalité ou sa religion. En conséquence, un commerçant, indigène musulman, dont la faillite a été prononcée par jugement du tribunal consulaire cesse d'être justiciable de la juridiction musulmane. (Ch. des App. Mus. 5 juillet 1870; (Robe, 1881, p. 65).

SECTION II. — *Régime législatif des personnes. Questions d'état et rapports de famille. Application des lois personnelles*

Législation. — La population de l'Algérie comprend outre les étrangers deux classes principales d'individus : 1^o des nationaux citoyens français ; 2^o des sujets indigènes, soumis par nos armes.

Quelle a été et quelle est aujourd'hui la situation de ces diverses sortes d'habitants au point de vue législatif ?

Les citoyens français, venus de la métropole et établis en Algérie, sont, en principe, soumis aux lois de la France, parce qu'elles composent leur législation personnelle et parce qu'elles sont obligatoires dans toute l'étendue du territoire Français. Mais à côté de la législation métropolitaine, il s'est créé, en Algérie, une législation spéciale, le plus souvent dérogatoire au droit commun et fondée sur la nécessité d'encourager le peuplement du sol conquis et de développer la colonisation au moyen de lois de faveur.

En conséquence, pour les nationaux habitant l'Algérie, le droit civil se compose d'abord de toutes les lois, qui, édictées pour la métropole, sont devenues applicables à la colonie, en second lieu, de lois particulières, ordonnances, décrets, sénatus-

consultes, ou arrêtés, qui constituent le droit exceptionnel de l'Algérie.

Nous n'entrerons dans aucun détail sur le régime législatif des citoyens français, parce que les difficultés qu'il peut occasionner ne donnent jamais lieu à des conflits de lois. En les exposant, nous sortirions de notre sujet.

Pour donner une idée exacte et nette du régime législatif des sujets indigènes algériens, et du rapprochement successif de ce régime avec le régime de droit commun français, nous étudierons séparément chacune des catégories distinctes d'indigènes que renferme la population coloniale.

Ces catégories sont au nombre de quatre :

- 1° Indigènes Arabes,
- 2° — Israélites,
- 3° — Kabyles,
- 4° — Mozabites.

Elles sont formées par des différences de race, de religion, de mœurs et de coutumes. Chacune possède une législation personnelle distincte.

1° *Indigènes arabes.* La convention du 5 juillet 1830 renfermait la garantie formelle, au profit des arabes, que leur religion ne recevrait aucune atteinte. Or, nous l'avons dit, garantir le respect de la religion musulmane c'était promettre le maintien de toute la législation des musulmans, puisque leur législation dérive d'une source purement religieuse. De sorte que la convention de 1830 équiva-

lait de la part du vainqueur français à un acte de complète abdication, au point de vue de la souveraineté législative.

En conséquence, les indigènes arabes gardèrent vis-à-vis des lois françaises une parfaite indépendance, pendant les premiers temps de la conquête. Mais, au fur et à mesure que s'étendit en Algérie l'œuvre de la colonisation française, l'empire de la législation indigène déclina tellement que, pour faire l'historique de sa décadence, nous préférons indiquer les rares matières où il a pu se maintenir, plutôt que d'énumérer celles qu'il a perdues. De cette façon, nous serons plus clair et plus bref.

L'ordonnance du 26 septembre 1842 (1), indiqua dans son article 37 le seul ordre d'idées où la législation musulmane devait conserver son autorité. Le § 3 de l'art. 37 est ainsi conçu : « Les contestations entre indigènes, relatives à l'état civil, seront jugées conformément à la loi religieuse des parties. » L'état civil, les questions d'état, voilà quel sera le domaine exclusif de la loi musulmane ; hors de ce domaine, la loi française supplantera la loi indigène, le système de la personnalité succombera devant le système territorial.

Mais, du moins, en raison de leur caractère presque purement religieux, les questions d'état intéressant les musulmans ne rentreront jamais dans le domaine des lois françaises, et les actes législatifs

1. Méner. I. 393.

les plus importants de l'Algérie prendront toujours soin de les ranger sous la compétence des magistrats indigènes pour que ceux-ci les résolvent conformément aux principes du droit musulman.

C'est ainsi que l'art. 17 du décret du 31 décembre 1859 (1) portant une organisation nouvelle de la justice musulmane, et l'art. 1^{er} du décret du 13 déc. 1866 (2) en ont fait la propriété absolue des lois et des magistrats indigènes.

Aujourd'hui même, le législateur français n'oserait y porter la main. La loi du 26 juillet 1873 (3), qui a restreint d'une façon si considérable l'application des lois indigènes dans les matières du régime immobilier, a maintenu dans son article 7 le principe que les musulmans continueraient à être régis par leurs lois et leurs coutumes en ce qui concerne les questions d'état. Cet article 7 est ainsi conçu : Il n'est point dérogé au statut personnel des indigènes....

Or le statut personnel comprend toutes les questions d'état.

Enfin, dans un des derniers documents législatifs concernant l'Algérie, nous trouvons la même réserve formulée encore une fois. L'art. 1^{er} du décret du 10 septembre 1886 (4) s'exprime ainsi : « Les musulmans résidant en Algérie, non admis à la jouis-

1. Mèner. I. 413.

2. Mèner. III. 200.

3. Hugues et Lapra p. 361.

4. Revue Algérienne, 1886. III. 484.

sance des droits de citoyen français continuent à être régis par leurs droit et coutumes en ce qui touche *leur statut personnel*. »

« En ce qui concerne le statut personnel, reprend l'art. 4 du même décret, les musulmans sont régis par les coutumes du rite auquel ils appartiennent et celles de leur pays d'origine. »

En indiquant dans notre introduction, les sources du droit musulman, nous avons dit que la loi du Prophète a fait l'objet de plusieurs commentaires adoptés chacun par une secte différente de croyants. C'est à ces interprétations diverses que notre article fait allusion en décidant que les musulmans sont régis, au point de vue des questions d'état, chacun par la loi du rite auquel il appartient.

Si la possession d'un statut personnel propre constitue la principale et la plus remarquable des différences qui séparent la condition juridique des indigènes musulmans de celle des vrais citoyens français ; il en existe cependant d'autres qui ne laissent pas d'avoir quelque importance. Il nous suffira de les énumérer en passant :

1° Les indigènes musulmans ont la jouissance des droits civils tels qu'ils sont établis par leur législation propre, les citoyens français jouissent des droits civils déterminés par le Code civil français ;

2° Les indigènes musulmans ne jouissent pas des droits politiques français ;

3° Ils ne sont pas astreints aux obligations du service militaire ;

4° Sauf quelques exceptions limitées, ils ne sont pas aptes à remplir les fonctions publiques de la France ;

5° Ils sont soumis à des impôts spéciaux ;

6 Ils n'ont pas le droit de port d'armes ;

7° En territoire militaire, ils sont justiciables des conseils de guerre et des commissions disciplinaires ;

8° Ils sont punissables pour des infractions spéciales à l'indigénat.

Toutes ces différences ne peuvent s'effacer que par l'effet d'une naturalisation régulièrement obtenue, c'est-à-dire par une renonciation formelle au privilège de lois et d'usages contraires aux lois françaises.

2° *Indigènes Israélites*. — Après les musulmans, les israélites forment en Algérie la plus importante catégorie d'indigènes. Divisés non seulement par la religion mais aussi par la race, les mœurs et les coutumes, les israélites et les musulmans ont toujours vécu dans une antipathie profonde et réciproque.

Les israélites d'Algérie sont aujourd'hui au nombre de 35.665. Ils appartiennent à la race juive, et sont restés fidèles à la loi de Moïse. La capitulation d'Alger qui renferme des garanties si formelles en faveur des musulmans a complètement omis de fixer le sort juridique de nos sujets israélites.

Comme il eût été impolitique de la part du vainqueur de porter atteinte à des traditions pieusement conservées et scrupuleusement obéies, et de les renverser d'un seul coup avant que la conquête fût so-

lidement affermie, on décida que les indigènes israélites conserveraient le privilège de la loi mosaïque. Ce fut la jurisprudence qui réalisa cette bienveillante concession (Cassation civ. 15 avril 1862 ; civ. 29 mai 1865) ; le sénatus-consulte du 14 juillet 1865 la consacra législativement dans son article 2.

Voilà donc les indigènes israélites bénéficiant comme les indigènes musulmans d'une législation propre sur un territoire soumis aux lois françaises. Comme eux aussi, ils sont divisés en sectes ou communautés qui possèdent chacune des lois et des coutumes particulières.

Les plus importantes de ces coutumes sont : la coutume d'Oran, la coutume de Castille adoptée par les communautés marocaines jadis expulsées de Castille, et la coutume d'Alger suivie par les israélites tunisiens.

Ces coutumes, d'une application générale au lendemain de la conquête, semblèrent d'abord attachées à la fortune de la loi musulmane. L'art. 37 de l'ordonnance du 26 septembre 1842 en déclarant que les questions d'état civil seraient jugées conformément à la loi religieuse des parties ne fit aucune distinction entre israélites et musulmans. Les deux races obtenaient le même privilège. Le décret de 1859, celui de 1866 maintinrent cette égalité de traitement. Le statut personnel de tout indigène échappait à l'application des lois françaises.

Mais en 1870, un décret du gouvernement de

Tours, à la date du 24 octobre (1), déclara tout à coup citoyens français les indigènes israélites algériens. Ce fut une naturalisation en bloc. Désormais, ils devaient jouir d'une condition juridique identique à celle des Français d'origine.

En transportant aux israélites algériens le bénéfice des lois françaises, le décret de 1870 les priva définitivement de tous les droits que le Code civil ne reconnaît pas et dont ils avaient joui jusqu'alors.

Cette privation mécontenta les nouveaux citoyens. Les musulmans aussi se déclarèrent contre le décret de naturalisation, jaloux de la faveur dont les israélites méprisés parmi eux étaient l'objet de la part du gouvernement français.

Une proposition tendant au rapport du décret fut présentée à l'Assemblée nationale. Mais cette proposition n'eut pas de succès et le décret fut maintenu.

En conséquence, la loi mosaïque succomba devant la législation française, et celle-ci étendit son empire jusque sur le statut personnel des indigènes israélites.

Pour connaître exactement les progrès réalisés dans cette circonstance par la législation française, il faut déterminer quelles personnes furent soumises à son empire par le décret de 1870.

Disons donc : 1° quels sont les indigènes israélites, et 2° quelle fut l'étendue d'application du décret de 1870.

1. Méner. III. 228.

Quels sont les indigènes israélites ?

Tout israélite établi en Algérie est-il un indigène ?

La question ne peut faire doute que pour les israélites nés hors du sol algérien et établis en Algérie avant la conquête. Or, il faut reconnaître que ces individus ne sont pas des *indigènes*. Ceux là seuls sont indigènes qui sont nés sur le territoire conquis. Cette solution est commandée par la principe posé dans l'art. 1^{er} du décret du 7 octobre 1871 (1). Pour être inscrit sur les listes électorales, l'israélite doit être né en Algérie avant l'occupation française, ou bien y être né depuis, mais de parents établis avant la conquête.

Quelle a été l'étendue d'application du décret de 1870 ? Les israélites habitant l'Algérie ne peuvent-ils plus, en aucun cas, se réclamer de la loi mosaïque ? A cette question il faut répondre négativement. Le décret de 1870 reçoit dans son application une double restriction.

1° Restriction au point de vue des personnes. D'après ce que nous venons de dire plus haut, en spécifiant qu'il s'adressait aux israélites indigènes des départements de l'Algérie, le décret a fait entendre qu'il laissait hors de sa sphère d'application tous les israélites d'origine non algérienne, établis en Algérie depuis la conquête.

Parmi ces derniers on peut citer : les israélites originaires du Maroc établis en grand nombre dans

1. Méner. III. 228.

la province d'Oran, et les israélites vivant dans le Mزاب.

2° Restriction tenant à la non-rétroactivité du décret. Le décret de 1870 a déclaré que tous les droits acquis au jour de sa promulgation seraient respectés. En conséquence, les lois françaises ne régissent aucun des rapports ni des actes juridiques d'une date antérieure au 24 octobre 1870 ; leur réglementation dépend encore de la loi rabbinique générale ou bien de l'une des diverses coutumes en vigueur parmi les israélites, selon la qualité des parties.

A part ces exceptions, les israélites algériens ont aujourd'hui une condition juridique identique à celle des Français d'origine, sauf pourtant en un point de détail : on les distingue au point de vue de la répartition du produit de l'octroi de mer.

3° *Indigènes Kabyles* (1). Les Kabyles diffèrent des Arabes par la langue, par les mœurs, par les usages et la législation. Bien qu'ayant embrassé l'islamisme, les Kabyles ont une loi propre, un statut personnel distinct. Aux termes des engagements pris avec les djemaâs Kabyles, lors de la soumission de leur pays, et qui sont consacrés par l'article 59 du décret du 31 décembre 1859 (2) ce statut leur a

1. Rappelons que la Kabylie n'a été soumise qu'assez tard à notre domination. La conquête commencée en 1844 et continuée par étapes successives n'en a été achevée qu'en 1857 par le maréchal Randon.

2. Méner. I, 416.

été laissé. Dans toute contestation relative au droit personnel, le magistrat doit appliquer entre Kabyles le droit kabyle. Les actes législatifs qui ont concédé aux indigènes algériens le bénéfice de leur droit traditionnel, ne renferment aucune exception au préjudice de la race kabyle.

4° *Indigènes Mozabites*. De même, les Mozabites annexés à la colonie algérienne en 1882, ont été laissés au point de vue personnel, en possession des coutumes qui les gouvernaient avant l'annexion. Ces coutumes, appelées coutumes ibadites, devaient être tolérées au même titre que les coutumes Kabyles et Arabes. Les Mozabites forment dans la religion musulmane une secte à part, attachée au rite ibadite ou anahbite. Ce rite se sépare sur plus d'un point du rite malékite ou du rite hanéfite, mais les principes du droit s'y confondent avec les principes de la religion, comme cela se rencontre dans chacun des autres rites.

Nous avons vu que la législation française a bénévolement renoncé à gouverner le statut personnel des divers groupes d'indigènes habitant l'Algérie. Elle s'est volontairement retirée devant la loi propre à chacun de ces groupes.

Toutefois, pour marquer son domaine éminent sur la personne juridique des sujets algériens, la loi française a pris soin de soumettre ceux-ci à des règles impérieuses auxquelles ils doivent se confor-

mer. Ces règles ont pour caractère commun de se rattacher toutes au principe de l'ordre public, principe d'après lequel tout état souverain peut contraindre indistinctement les personnes vivant sur son territoire à se plier aux lois qui assurent son existence et sa bonne organisation.

Énonçons les principales règles imposées à cet égard aux indigènes algériens.

Depuis la conquête, les indigènes étaient restés dépourvus de noms patronymiques. Sauf les familles qui comptaient parmi leurs membres une illustration, on ne faisait usage en Algérie que de prénoms indéfiniment répétés. De là, des confusions et des erreurs d'identité sans nombre. D'autre part, les naissances, les mariages, les divorces, les décès n'étaient relatés nulle part. Par exception, le cadi notaire en tenait registre lorsqu'ils engendraient quelque convention financière. Rien n'étant authentiquement constaté dans leur état civil, les indigènes, pour l'établir, avaient sans cesse recours à la preuve testimoniale, la plus incertaine de toutes les preuves. En 1854, le maréchal Randon, gouverneur de la colonie, insista pour obtenir la cessation de cet état de choses. Un décret du 8 août (1) obligea les indigènes à faire constater les naissances et décès survenus parmi eux, par leurs cheiks. Les actes de constatation devaient être rédigés en arabe, puis transmis au maire français, pour être traduits et copiés sur les

1. Mener. I. 84. art. 10.

registres de la commune. Une amende était encourue par tout contrevenant.

Les progrès de la loi territoriale, en matière d'état civil, commencés en 1854, reprirent et se continuèrent en 1868. Un décret du 18 août (1) donna mission aux maires des communes mixtes, de veiller à ce que les déclarations de naissances et de décès fussent faites bien exactement par les indigènes. En territoire militaire, les secrétaires des djemaâs furent chargés de tenir régulièrement des registres d'état civil.

Le triomphe définitif de la loi territoriale en matière d'état civil a été accompli par la loi récente du 23 mars 1882. Cette loi se divise en trois titres. Le premier a pour objet l'attribution à l'indigène d'un nom patronymique, le second soumet les indigènes aux obligations de la législation française en matière d'état civil et organise la tenue des registres, le troisième vise la répression des crimes, délits et contraventions possibles en cette matière.

Les actes de naissance ou de décès concernant les indigènes musulmans, sont établis dans les formes prescrites par les lois générales françaises ; les actes de mariage et de divorce sont rédigés sur *une simple déclaration*, faite au maire de la commune par le mari et la femme accompagnés de deux témoins. Hors de la commune, les parties doivent s'adresser à l'adjoint de la section indigène.

1. Mener. III, 28 art. 8.

La différence que nous signalons au point de vue des mariages ou divorces s'explique par ce motif que, en droit musulman, ces actes civils sont affranchis de toute forme sacramentelle et peuvent s'accomplir en l'absence de tout fonctionnaire religieux ou administratif. Pour le mariage, un consentement mutuel, manifesté en présence de deux témoins, suffit. Pour le divorce, les témoins sont inutiles, un consentement réciproque est seul requis. Pour la répudiation, le consentement de la femme est inutile, la volonté du mari est la seule condition de cet acte unilatéral.

On ne s'étonnera point que, sur des points si voisins de la religion musulmane, la loi territoriale se soit montrée très accommodante. Elle n'a point encore cherché à imposer aux indigènes l'acte de célébration, elle se contente pour les mariages et les divorces, comme pour les naissances et les décès, d'une simple déclaration des parties.

Ce n'était pas seulement au point de vue de l'état civil que les lois musulmanes renfermaient des lacunes et se montraient insuffisantes.

Il arrivait parfois que les magistrats algériens étaient fort embarrassés par l'obscurité ou par le silence de ces lois. Quel parti devaient-ils prendre pour sortir de difficulté ? La ligne de conduite à suivre dans cette conjoncture leur fut tracée par le décret du 31 décembre 1859 qui contenait les bases

d'une organisation nouvelle de la justice musulmane. L'article 6 de cet acte législatif posa le principe suivant dont l'appréciation trouve ici sa place naturelle. « Sous quelque prétexte que ce soit, même celui du silence ou de l'obscurité de la loi, les tribunaux ne peuvent, sous peine de déni de justice, refuser de statuer sur la demande des parties ». (Ménerville page 413 première col.).

Supposons donc la loi indigène muette sur un point quelconque du droit. C'est alors à la loi française qu'il appartient de compléter et de suppléer la loi insuffisante.

La raison en est d'ailleurs bien simple et irréfutable.

L'Algérie est un territoire français ; la loi française est en principe la loi souveraine de tous ceux qui vivent sur ce territoire. Elle consent à être mise en échec par le statut personnel des indigènes lorsque ce statut existe réellement et si ses dispositions sont nettes et formelles. Mais toutes les fois que ce statut exceptionnel ne vient pas écarter l'application de la loi française, celle-ci reprend ses droits et son empire.

Pas plus que l'article 4 du Code civil, l'article 6 du décret de 1859 n'admet que les juges saisis gardent le silence sur le point de droit qui leur est soumis. Si la loi indigène, applicable dans l'espèce, se tait sur la question, il n'y a pas de parti intermédiaire entre celui d'appliquer la loi territoriale et

celui de violer deux textes formels. Le premier reste donc seul possible, et il faut oublier alors toutes les concessions législatives, faites aux indigènes, en vertu desquelles leur loi personnelle reste souveraine dans certains cas déterminés.

L'application du principe que nous venons d'exposer a pour effet, lorsqu'elle se produit, de rappeler aux indigènes que l'empire de leurs lois est purement précaire et transitoire, et qu'un acte de volonté du vainqueur pourrait le supprimer au profit de la loi française.

La faveur, en vertu de laquelle les indigènes furent soustraits à l'autorité de la loi française, engendra une controverse dont la solution doit être considérée comme réalisant un nouveau progrès sur le domaine de la législation indigène.

Puisqu'ils avaient conservé le bénéfice de leur législation, les indigènes algériens, disait-on, n'étaient pas devenus français. L'annexion de leur pays ne leur avait conféré aucune nationalité.

Contrairement à cette opinion, la jurisprudence algérienne considérait les indigènes comme des Français de condition inférieure. La Cour d'Alger, s'appuyant sur l'ordonnance de juillet 1834 et sur la Constitution de 1848 qui toutes deux qualifiaient l'Algérie de territoire français, soutint que les indigènes étaient devenus Français tout en conservant la jouissance d'un droit personnel qui les privait de

la qualité de *citoyen*. Un arrêt du 24 février 1862 confirmé par un arrêt de la Cour suprême du 15 février 1864 reconnut à l'indigène algérien sinon la qualité de citoyen français, du moins celle de sujet français.

Le sénatus-consulte rendu le 14 juillet 1865(1) fit disparaître toute incertitude en consacrant définitivement l'opinion de la jurisprudence. Il déclara que l'indigène musulman était français, au sens déterminé par la jurisprudence, c'est-à-dire : abstraction faite de la qualité de citoyen ; et il fixa les conditions auxquelles cet indigène serait admis à jouir des droits de citoyen.

On doit regarder la solution apportée par le sénatus-consulte comme favorable à l'extension des lois françaises, parce que, en qualifiant les indigènes algériens de sujets français, cet acte législatif laisse entendre qu'il suffira d'un retour aux règles ordinaires du droit des gens pour les ranger sous la complète autorité des lois françaises.

Si le sénatus-consulte eut l'avantage de faire disparaître une controverse, il eut aussi le tort d'en faire naître une nouvelle. La limite exacte, pour chaque catégorie d'indigènes, entre le domaine de la loi personnelle et le domaine de la loi territoriale, s'y trouve mal indiquée. Les musulmans et les israélites sont visés dans le sénatus-consulte, par deux dispositions distinctes, dont la rédaction diffère de telle

sorte, que la situation faite à ces deux groupes d'habitants peut être diversement comprise.

L'article 1^{er} est ainsi conçu : « L'indigène musulman est Français. Néanmoins, il continuera à être régi par *la loi musulmane*. »

L'article 2 : « L'indigène israélite est Français. Néanmoins, il continuera à être régi par *son statut personnel*. »

Que faut-il conclure de l'emploi fait par le sén.-cons. d'expressions différentes pour chacune des deux classes d'indigènes ?

Il laisse aux musulmans la loi musulmane, et aux israélites leur statut personnel. Le législateur a-t-il voulu simplement éviter une répétition de mots ou bien, par un choix intentionnel de formules distinctes, a-t-il reconnu une plus large autonomie législative aux musulmans, ne respectant dans la législation israélite que les lois relatives à l'état et à la capacité, le statut personnel proprement dit ?

Cette seconde interprétation doit être repoussée. Il n'existait aucun motif pour établir une inégalité entre deux races également soumises à l'autorité française. Comme les musulmans obéissaient à la loi mahométane dans toutes les matières non réservées par la loi française, de même les israélites devaient obéir à la loi mosaïque.

Nous avons terminé l'exposition des progrès réalisés par la loi territoriale française en ce qui con-

cerne les personnes, nous allons rechercher quels enseignements se dégagent de l'étude de la jurisprudence en matière personnelle.

Jurisprudence.

— La capitulation de 1830 à la suite de laquelle a eu lieu la reddition d'Alger n'a pas seulement les caractères d'un acte politique mais encore ceux d'une loi ; dès lors elle peut être interprétée par les tribunaux dans les contestations privées dont ils sont saisis.

Les indigènes, quoique devenus sujets français par la conquête restent régis quant à *leur état et leur capacité* par leurs anciennes lois et coutumes tant qu'ils n'ont pas opté pour la loi française.

Nationalité. — Les indigènes algériens sont français. (Cour d'Alger, arrêt 24 février 1862 confirmé par arrêt de Cassation du 15 février 1864).

(24 février 1862, Robe, 1862, p. 86 § 5. — C. de Cass. 15 avril 1862, 1862 p. 188 § 1^{er}. — Cass. 4 fév. 1863. Robe 1864 p. 45 § 2. — Cass. 29 mai 1865, Robe 1865, p. 214 § 2).

Jurisprudence confirmée par l'article 1^{er} du sénatus-consulte de 1865.

Etat et capacité. — Quoique français, les indigènes ont conservé leur statut primitif en dépit de la législation française.

C'est ainsi que la loi mosaïque régla jusqu'au 24 oct. 1870, la capacité civile des Israélites (arrêt du 2 juillet 1870. Alger. Robe 1870, p. 235).

La Kabylie resta soumise à ses coutumes particulières (Ch. Musulm. 14 mai 1872. Robe 1872 p. 138) et les réformes introduites par le décret du 29 août 1874 n'ont pas porté sur l'état et la capacité des kabyles.

Ainsi s'explique l'obligation pour les tribunaux français d'en référer au conseil de droit musulman sur toute question touchant à l'état civil des musulmans, (art. 24, décret 13 décembre 1866).

Application: (Cour d'Alger, 8 juin 1868, Robe 1869, p. 52). Si dans le cours d'une procédure les juges estiment que la décision du procès dépend de la solution d'une question de cette sorte, ils doivent d'office, ou sur la demande des parties, soumettre préalablement cette question à l'examen du conseil, puis se conformer à la décision de ce dernier en la visant dans le jugement.

Les questions d'état et de capacité, sur lesquelles l'autorité judiciaire française s'est prononcée, ont toujours été tranchées conformément aux dispositions de la loi personnelle des parties.

(Cour d'Alger, 4 mars 1861, Robe 1861, p. 78 § 2). Quelquefois le droit musulman se rencontre avec le droit français; ainsi en matière d'incapacité, dans le droit musulman comme dans notre législation, les actes passés par l'interdit antérieurement à l'in-

terdiction peuvent être annulés s'ils ont été amenés par les causes qui ont fait prononcer l'interdiction.

Mais en matière de désaveu, par exemple, bien qu'elle se montre plus large que la loi française, la loi mosaïque doit être appliquée. Elle ne fixe aucun délai pour intenter l'action en désaveu, et le mari est cru sur sa déclaration, sans qu'il puisse y avoir d'autre fin de non recevoir qu'une cohabitation notoire du mari avec la femme avant le mariage. (Trib. civ. de Constantine, 3 décembre 1861. Robe, 1862 p. 47).

Mariage. — *Entre Israélites*, il continua à être régi par la loi mosaïque, jusqu'au décret du 24 octobre 1870, au point de vue ;

1° Du nombre des épouses pour le mari. D'après le droit de Moïse, l'homme a le droit de prendre plusieurs femmes légitimes ;

(Arrêt d'Alger 22 mai 1865, Robe, p. 38, § 3).

2° De la preuve ;

Le mariage est un contrat essentiellement consensuel, sa preuve peut résulter soit d'un acte dressé par les rabbins (ce qui serait insuffisant pour un mariage de citoyen français), soit de déclarations de témoins, soit d'un écrit sous seing privé, soit même de la simple remise et acceptation d'un symbole d'alliance.

(Arrêt précité, Robe 1865, p. 38, § 3 in fine).

3° Du régime matrimonial ;

La femme juive mariée antérieurement au décret

de naturalisation et en la forme mosaïque, est régie quant à sa dot, par la loi mosaïque. Les principes du droit français n'y sont pas applicables. (Arrêt. Alger, 13 janvier 1881 Robe 1881 p. 271).

Le régime mosaïque est le régime dotal ; le mariage contracté sous l'empire de la loi rabbinique est exclusif de la communauté. (Arrêt. Alger, 10 mars 1879, Robe. 1879, p. 87).

4° De la dissolution ;

La loi mosaïque admet la dissolution du mariage par voie de répudiation. (Arrêt du 3 février 1868. Alger. Robe, 1868, p. 34).

Entre musulmans, le mariage continue encore à être régi par les dispositions de la loi de Mahomet.

C'est ainsi que le père musulman a gardé sur ses enfants le droit de Djibr, droit de contrainte matrimoniale, droit exorbitant, maintes fois signalé à la réprobation du législateur français, parce qu'il autorise les plus viles spéculations et engendre les débats les plus scandaleux.

Les tribunaux français sont donc obligés de reconnaître aux pères de famille musulmans, le pouvoir d'obliger leurs enfants à des mariages auxquels ceux-ci refusent de donner leur consentement.

Mais dans un arrêt motivé de la manière la plus habile, la chambre des appels musulmans d'Alger a inauguré une jurisprudence excellente qu'on peut ainsi résumer :

Les indigènes musulmans ayant la faculté d'adop-

ter pour le règlement de leurs intérêts civils les préceptes de l'un des quatre rites orthodoxes, à leur choix, alors même qu'ils n'appartiendraient pas à ce rite au point de vue religieux, les tribunaux français ont *a fortiori* le droit d'user à l'égard des indigènes de la même faculté, dans l'intérêt supérieur de la justice. Or, le rite hanéfite décide que les enfants des deux sexes ne doivent contracter mariage dès qu'ils ont atteint l'âge de puberté que de leur libre consentement. Donc les tribunaux doivent préférer les prescriptions de ce rite, comme étant des quatre rites orthodoxes, celles qui se rapprochent le plus du droit français. (Ch. des app. Mus. 5 déc. 1884, Robe, 1884, p. 276). Ainsi, se trouve réduit à ses plus strictes limites l'exercice du droit odieux de Djebd dont la suppression est instamment demandée.

Quant aux modes de dissolution des mariages musulmans, la loi musulmane est souveraine. (Ch. Mus. 17 fév. 1868, Robe, 1868, p. 121).

Rapports de famille. Tutelle. — Jusqu'en 1870, *entre israélites*, la tutelle fut régie par le droit mosaïque (art. 37 et 49, ordonnance du 26 sept. 1842 art. 2, sénatus 24 juillet 1865).

Il importait peu que la naissance des enfants eût été inscrite sur les registres de l'état civil français, que le conseil de famille eût été composé et le subrogé-tuteur nommé selon les règles du droit français, ces faits ne pouvant modifier l'état civil des enfants.

Aux termes de la loi mosaïque le père peut donner par testament un tuteur à ses enfants, s'il ne l'a pas fait il appartient au tribunal rabbinique d'y pourvoir. (Mais les tribunaux rabbiniques ayant été supprimés et remplacés par des tribunaux français, la charge de désigner un tuteur incombait naturellement au tribunal du lieu d'ouverture de la tutelle).

En principe, la loi de Moïse interdit de confier la tutelle aux femmes. (Arrêt d'Alger, 21 nov. 1866, Robe, 1866, p. 284).

Entre musulmans, il s'agit d'appliquer la loi musulmane bien qu'elle ait organisé la tutelle sur des principes différents de ceux admis par le Code civil. Elle n'a pas institué de conseil de famille ni d'homologation de justice dans les cas où la loi française l'exige.

Aucun acte législatif n'a encore modifié sur ce point le statut personnel musulman. (Arrêt d'Alger, 26 mai 1875, Robe, 1875, p. 113).

Testament. — Il était naturel, que les questions de testament qui sont connexes aux questions de dévolution successorale, fussent régies comme ces dernières par la loi personnelle des indigènes.

C'est ainsi que la jurisprudence algérienne a décidé que : les israélites indigènes peuvent revendiquer l'application du droit mosaïque pour la capacité de tester et les formes du testament. (Arrêt d'Alger, 25 nov. 1861, Robe, 1861, p. 314).

Lorsqu'il est reconnu en fait qu'un testateur is-

raélite a voulu tester d'après la loi de Moïse, c'est cette loi que les tribunaux français doivent appliquer. (Cass. Ch. civ. 29 mai 1865 ; Robe, 1865, p. 29, § 2). C'est d'après cette loi que doit être appréciée la validité du testament fait par l'algérien qui a voulu tester conformément aux dispositions mosaïques. (Cass. Ch. civ. 29 mai 1865, Robe, 1865, p. 214, § 3).

De même, la loi musulmane régit le testament d'un musulman en faveur d'un musulman.

La forme du testament entre musulmans peut être musulmane ; le testament pourra être verbal.

La preuve en pourra être faite par témoins.

L'article 1^{er} de la loi du 26 juillet 1873 ne déclare la loi française applicable qu'aux transmissions d'immeubles par voie contractuelle. Donc, la loi musulmane régira le testament qui servirait à transmettre des immeubles même soumis à la loi française, de musulman à musulman.

Le cadi sera compétent entre musulmans pour statuer sur la validité du testament puisque le décret du 10 septembre 1886 réserve la compétence des juges indigènes pour les successions entre musulmans.

Dans les matières que nous venons d'énoncer, la loi personnelle des indigènes est demeurée exclusivement applicable, il en est d'autres où tout en restant applicable, la loi indigène ne s'exerce que sous la surveillance de la loi territoriale et dans les

limites que cette dernière détermine souverainement. La loi territoriale française est en effet la loi supérieure de l'Algérie, elle domine et contrôle l'application des lois personnelles, elle la redresse, et intervient lorsqu'elle juge utile d'affirmer sa suprématie et d'assurer son empire.

Ainsi, la loi française a toléré le fonctionnement de quelques anciennes institutions arabes telles que le droit de *Chefâa* et le *Habous*, mais ces institutions ne fonctionnent que sous son étroite surveillance et dans les limites seulement qu'elle permet.

Chefâa. — Sidi Khalil donne du chefâa la définition suivante : « C'est la reprise par un copropriétaire de l'acquisition faite par un tiers d'une part de l'immeuble indivis. »

Ce droit qui présente une grande analogie avec le retrait lignager de l'ancien droit français, (Sautayra et Cherbonneau, Droit musulman, tome 2, p. 282) ne s'exerce qu'avec l'assentiment de l'autorité judiciaire française en ce sens que les tribunaux sont investis d'un pouvoir discrétionnaire pour autoriser ou refuser l'exercice du droit de Chefâa.

L'article 17 de la loi du 16 juin 1851 a maintenu le Chefâa, dans certaines limites, avec le caractère qui lui appartient d'après la loi musulmane. Elle a laissé seulement aux tribunaux le pouvoir d'admettre ou de rejeter le chefâa, de façon à concilier l'intérêt privé avec l'intérêt général, en les invitant à

se préoccuper du caractère du contrat de vente et du but que l'acquéreur a poursuivi en achetant. (Arrêt d'Alger, 19 juillet 1865. Robe, 1865, p. 67).

« L'intérêt général leur prescrit de repousser les demandes en retrait lorsqu'il s'agit d'acquisitions révélant un sérieux esprit de colonisation, et de les autoriser au contraire lorsqu'il s'agit d'acquisitions inspirées par l'esprit d'agiotage ou offrant un danger de perturbation pour les familles musulmanes. » (Arrêt d'Alger, 29 juin 1869. Robe, 1869, p. 292).

Mais, bien entendu, si parmi les copropriétaires, se trouve un non-musulman, l'action en chefâa est irrecevable. (Arrêt d'Alger, 30 avril 1866. Robe, 1866, p. 107). La qualité de l'acquéreur au contraire ne fait rien, le chefâa peut être exercé ou interdit également contre un musulman ou un non-musulman au gré des tribunaux français. (Arrêt d'Alger, 17 avril 1867. Robe, 1867, p. 102).

La loi du 26 juillet 1873 sur la propriété indigène en Algérie, applicable à toute la région tellienne, dispose (art. 1^{er} § 3) que le droit de chefâa ne peut plus être opposé aux acquéreurs qu'à titre de retrait successoral par les parents successibles en vertu du droit indigène et sous les conditions prescrites par l'article 841 du Code civil. (Applications : Ch. des app. mus. 1^{er} juin 1880 et 27 juin 1881. Robe. 1881. p. 76 et 194, § 2. Arrêt d'Alger 22 mai 1886. Robe 1886, p. 457).

Habous. — Le Habous dans son caractère primitif

constituait une donation en faveur d'une œuvre charitable et entraînait la dépossession immédiate du propriétaire au profit de l'œuvre dévolutive. Le désir de voir augmenter ces dotations porta les chefs de sectes à autoriser les fondateurs à désigner des dévolutaires intermédiaires, et à les désigner suivant leur seule volonté.

(Sautayra et Cherbonneau. Droit musulman t. 2, n° 889).

Lorsque nous avons pris possession de la régence d'Alger, un grand nombre de terres étaient habousées au profit des descendants du constituant.

Un droit de retour éventuel était stipulé au profit des corporations religieuses ou des mosquées. Le droit des bénéficiaires consistait uniquement en un droit de jouissance.

La conquête en respectant les mœurs et les lois des indigènes respecta le habous. L'immeuble habousé demeura donc inaliénable.

Cependant, nombre de bénéficiaires, au mépris de l'interdiction religieuse d'aliéner un habous, en vendirent aux européens. Ces ventes étaient nulles, mais les acquéreurs se trouvant sous le coup d'une revendication qui menaçait de jeter la perturbation dans les transactions et rendait la propriété précaire, sollicitèrent du législateur français la confirmation de leurs acquisitions.

L'art. 3 de l'ordonnance du 1^{er} octobre 1844, puis le décret du 30 octobre 1858 proclamèrent la vali-

dité des ventes d'immeubles habousés faites à des européens. La loi du 16 juin 1854 confirma cette disposition de telle sorte que le habous avec toutes ses conséquences n'exista plus qu'au regard des indigènes seuls; au regard des européens le droit de simple jouissance des bénéficiaires se changea en un vrai droit de propriété permettant l'aliénation.

C'est ce qu'on peut voir en jetant un coup d'œil sur la jurisprudence algérienne relative à cette matière.

(Cassation. Ch. Civ. 21 mars 1859. Robe. 1859 p. 215). Les conséquences de cette ingérence de la loi française dans les dispositions de la loi musulmane sont les suivantes :

1° Non seulement la transmission d'un bien habous à l'acquéreur européen est valable, mais encore elle détruit radicalement le habous de sorte que le dévolutaire subséquent éventuel ne peut avoir aucun droit ni sur l'immeuble ni sur le prix.

(Cour d'Alger, 29 déc. 1862. Robe. 1863, p. 60).
(Cour d'Alger, 23 mars 1863. Robe. 1863, p. 88).

2° Les biens habous sont désormais saisissables et peuvent être vendus par autorité de justice à la requête de tout créancier.

(Cour d'Alger 4 novembre 1863. Robe. 1863, p. 253. Cour d'Alger, 2 avril 1878. Robe. 1878, p. 174, § 2).

3° M. Robe dans une note sous ce dernier arrêt conclut que du moment où tout créancier peut sai-

sir entre les mains de son débiteur bénéficiaire le bien habous, l'autant vaut dire que la constitution de habous n'entraîne plus aucune immobilisation et qu'il faut tenir pour non avenus toutes les constitutions de habous et l'ordre de dévolution y contenu. « Les caractères essentiels de la situation voulue disparaissent, le but du constituant ne peut être atteint, l'ordre conventionnel n'a plus de raison d'être, les héritiers naturels doivent pouvoir évincer les bénéficiaires ».

Il nous semble que c'est aller un peu loin dans la voie du progrès et que l'arrêt du 4 novembre 1863 a été trop absolu en disant que le décret du 30 octobre 1858 a enlevé *tout caractère d'inaliénabilité* aux biens habous.

Nous avons promis aux indigènes de respecter leurs mœurs et leur lois. La raison d'ordre public qui a fait déclarer valables les ventes de biens habous au profit d'européens n'apparaît précisément que dans les rapports d'indigènes et d'européens ; mais *entre indigènes* exclusivement, pourquoi ne pas laisser s'appliquer la loi musulmane et ne pas respecter la volonté du constituant ?

4° Toutes transactions consenties sur biens habous par les bénéficiaires ou dévolutaires étant valables en vertu du décret du 30 octobre 1858, tout bénéficiaire peut valablement donner à bail la part lui revenant dans la jouissance d'un habous. (Cour d'Alger, 8 déc. 1862. Robe. 1862, p. 250).

5° La prescription peut être invoquée à propos d'un bien habous si la possession s'est écoulée depuis la conquête. Mais antérieurement le habous était imprescriptible. (Cass. Ch. des Req. 13 mai 1872, Robe. 1873, p. 175).

Les dispositions de la loi française en matière de habous faillirent être méconnues au profit de celles de la loi musulmane dans le cas particulier où le père de famille ayant constitué un habous a appelé comme bénéficiaires ses enfants mâles seuls, mais sous réserve pour les filles de prendre leurs parts dans les habous si elles devenaient veuves ou indigentes.

Un arrêt de la Cour d'Alger en date du 10 février 1873 (Robe. 1873, p. 50) décida que le droit ainsi réservé aux filles était un droit réel et *pouvait être poursuivi contre tout détenteur acquéreur* le jour où s'accomplissait la condition à laquelle l'ouverture du droit était subordonnée.

C'était méconnaître absolument la volonté exprimée si clairement par le législateur français dans les actes législatifs de 1844, 1851, 1858. Le législateur avait voulu garantir tout acquéreur européen d'un bien habous contre l'éviction pouvant résulter des conditions et du caractère du habous. « Il avait voulu, dit M. Robe, que les bénéficiaires vendeurs fussent considérés comme propriétaires incommutables à l'égard des tiers et que leur titre fût un titre de propriété entière et non un simple titre d'usufruit ».

Par conséquent, lorsqu'un bénéficiaire a vendu, le dévolutaire futur est frustré, son espérance est anéantie,

Dans l'espèce ci-dessus, les filles devenues veuves ou indigentes ne pouvaient en aucune façon contester la transmission faite avant leur veuvage ou leur indigence par un dévolutaire antérieur à elles, autrement elles auraient jeté le trouble dans une transaction immobilière, ce que le législateur a précisément cherché à empêcher. D'ailleurs, le droit de jouissance que donne la qualité de bénéficiaire d'un habous est créé par le constituant en vue d'une certaine situation (veuvage ou indigence), donc ce droit ne peut s'exercer que quand cette situation se produit, mais non si elle se produit trop tard, à un moment où le droit ne peut plus procurer aucun bénéfice.

L'arrêt sus énoncé violait donc ouvertement les dispositions de la loi française que nous voulons montrer dominante en matière de habous. La jurisprudence algérienne revint à une plus exacte doctrine en décidant, dans un arrêt du 29 novembre 1876 (Robe, 1876, p. 221), que le habous absolument aliénable peut être l'objet de tous contrats commutatifs de la part des bénéficiaires *actuels*, tels que ventes, partages, antichrèses, constitutions hypothécaires, échange, etc. Et que par suite : « Les dévolutaires éventuels, même les femmes appelées seulement en cas de viduité ou d'indigence,

né sont pas recevables à venir plus tard lors de l'ouverture, critiquer les dits actes. »

Il est vrai que la loi du 26 juillet 1873 venait de déclarer les immeubles habousés aliénables tant à l'égard des indigènes musulmans qu'à l'égard des européens.

Aussi, actuellement, non-seulement les actes d'aliénation d'immeubles constitués habous ne sont pas nuls, mais en outre ils ont pour effet de détruire la nature même du habous, d'enlever à l'immeuble le caractère spécial dont il est revêtu, pour le replacer dans la condition ordinaire des immeubles, comme si ce bien n'avait jamais été habous. (Trib. civ. de Constantine, 3 mai 1884. Robe 1884, p. 204, § II et V).

Donc, en résumé, bien que le habous ne corresponde à rien dans notre législation française, cependant, la jurisprudence a admis avec raison « qu'il doit être respecté par les tribunaux toutes les fois qu'il est conforme aux prescriptions de la loi musulmane. » (Cour d'Alger, 13 mars 1866. (Robe, 1866, p. 54). En effet, l'institution du habous consacrée par la loi musulmane, est formellement maintenue par la législation française d'Algérie (Cour d'Alger, 2 avril 1878, Robe. 1878, p. 174), qui s'est bornée dans un intérêt social à en restreindre certains effets, notamment ceux relatifs à l'inaliénabilité des immeubles qui en sont frappés. (Cour

d'Alger, 20 mars 1867. Robe, 1867, p. 88. Cour d'Alger, 1^{er} mai 1879. Robe, 1879, p. 257, § III).

De ce que, dans le but de consolider la propriété et de donner des garanties au crédit, la législation algérienne a modifié profondément les effets de la constitution de habous, il n'en résulte pas qu'il soit interdit aux Musulmans de recourir à ce mode de transmission de leurs biens.

Mais s'il est vrai que les diverses dispositions de la loi algérienne ont maintenu en principe les constitutions de habous (ordonnance du 1^{er} octobre 1844, loi du 16 juin 1851, décret du 30 octobre 1858) et conservé aux biens grevés leur caractère et la dévolution imposée par le constituant; (Robe, 1875, p. 264), l'article 1^{er} de la loi du 26 juillet 1873 qui a supprimé tous les droits réels fondés sur le droit musulman n'a-t-il pas aboli le habous ?

La jurisprudence s'est prononcée pour la négative (C. d'Alger, 30 nov. 1874, Robe 1875, p. 14), en disant que le habous tenant à l'ordre successoral des indigènes doit être respecté par application de l'article 7 de la même loi. En effet, l'article 1^{er} s'occupe des droits réels transmis par contrat, qui naissent d'actes où figurent au moins deux personnes stipulant chacune dans son intérêt personnel. Or le habous est l'œuvre d'un seul, il sert à régler les droits des héritiers du constituant, en les modifiant; ce n'est qu'au moment où s'ouvre la succession que le habous produit son effet, donc il tombe sous l'arti-

cle 7 qui déclare qu'il n'est rien innové en ce qui touche les successions. D'ailleurs le habous doit au caractère religieux qu'il revêt d'avoir été respecté par le législateur de 1858 : le législateur de 1873 n'a pu agir autrement.

Jusqu'ici, aucun texte législatif n'a supprimé l'institution du habous qui demeure licite, mais qui ne présente plus aucun danger pour les tiers. (C. d'Alger, 1^{er} mai 1879. Robe, 1879, p. 258. *Contrà* Robe, Commentaire de la loi de 1873, p. 14).

C'est le système adopté par la Cour de cassation (Cass. Ch. civ. 4 avril 1882, Robe 1882. p. 184), qui écarte du habous l'application de l'art. 1^{er} de la loi de 1873, à raison du caractère de transmission à titre successoral pris dans la suite par l'institution du habous. (Nous avons en effet, indiqué plus haut que le habous n'avait été originairement qu'un mode pour les particuliers de disposer dans un but religieux, de tout ou partie de leurs biens).

Après avoir indiqué ces empiètements si caractéristiques et si importants de la loi française sur la loi personnelle musulmane, nous pouvons achever la preuve de cette idée que la loi française est souveraine en droit sinon en fait, par quelques traits qui ne laissent pas que d'être concluants.

Preuve par témoins. — Bien que la preuve testimoniale soit considérée en droit musulman comme le mode par excellence de produire la conviction, la

jurisprudence, au risque de priver le musulman du bénéfice de sa loi, a décidé que ce mode de preuve ne pourrait être admis que dans les questions discutées entre musulmans seulement.

« S'il est vrai qu'entre musulmans toute convention peut être établie par témoins, il en est autrement lorsque la preuve est dirigée à l'encontre d'un tiers non musulman. » (Cour d'Alger, 10 août 1866 ; Robe, 1866, p. 271).

N'est-ce pas réduire à ses plus strictes limites d'application la loi musulmane au profit de la loi française qui se montre défiante vis-à-vis de la preuve testimoniale ?

Mais, la preuve testimoniale conservée entre indigènes exclusivement toute la faveur et toute l'importance que lui accorde le droit musulman. Aussi, est-elle admise par les tribunaux français, dans des cas où elle ne le serait pas si les parties étaient françaises.

Exemple : En cas d'abus de confiance commis par un indigène musulman au préjudice d'un autre indigène, le droit civil des indigènes autorisant en toutes matières la preuve testimoniale, le dépôt, quelle que soit sa valeur, peut être prouvé par témoins devant la juridiction compétente. (Cour d'Alger, 23 déc. 1865 ; Robe, 1866, p. 47) ; (Alger, Ch. App. corr. 20 déc. 1877 ; Robe, 1878, p. 349).

Inutile donc, s'il s'agit d'une somme supérieure à 150 fr. que le dépôt ait été prouvé par écrit. (C. d'Alger, 23 déc. 1865 ; Robe, 1866, p. 77).

* Cette jurisprudence s'appuie sur l'ordonnance du 26 septembre 1842 aux termes de laquelle les contestations s'élevant en Algérie entre indigènes doivent être jugées conformément à la loi indigène, à défaut de convention contraire, qu'il s'agisse d'ailleurs de contestations entre israélites ou entre musulmans.

Applications : Bien que l'article 1341 C. civ. dise qu'il ne sera reçu aucune preuve par témoins contre et outre le contenu des actes, lorsque la somme excèdera 150 fr. cependant, lorsqu'il s'agit d'un différend entre indigènes la preuve testimoniale est toujours admissible. (Arrêt d'Alger, 27 mai 1869 : Robe, 1869, p. 123).

Lorsqu'il s'agit d'apprécier la faiblesse d'esprit d'une femme musulmane que les usages séquestrent de la société des hommes, la déposition des femmes qui seules peuvent la voir et la fréquenter librement, est supérieure à celle des hommes, parce qu'elle offre plus de certitude. (Cour d'Alger, 20 mars 1861 ; Robe, 1861, p. 116).

Toutefois, lorsque les juges admettent la preuve par témoins dans les cas où la loi française en a limité l'application, ils ne doivent tenir compte des témoignages produits que lorsque ces témoignages portent sur des faits vraisemblables ou possibles. (Ch. des App. Mus. 12 nov. 1879 ; Robe, 1880, p. 201). Bien qu'entre musulmans, la preuve testimoniale soit de droit commun, les juges ne sont pas te-

nus de s'assujettir aux dispositions de la loi musulmane lorsqu'elles sont en opposition avec les principes de la législation française.

Ainsi, le tribunal n'est pas tenu d'appliquer le principe *testis unus testis nullus* adopté par la loi musulmane si la preuve résultant de la déposition du témoin est fortifiée par des présomptions de nature à la compléter..(Cass. req. 20 juin 1864 ; Robe, 1866, p. 23).

La preuve testimoniale autorisée par l'art. 37 de l'ordonnance du 26 sept. 1842 ainsi conçu : « Dans les contestations entre français et indigènes la loi française ou celle du pays est appliquée selon la nature de l'objet en litige, la teneur de la convention, les circonstances de la cause, l'intention présumée des parties » est réciproque et profite au Français aussi bien qu'à l'indigène.

Mais les tribunaux ne doivent appliquer entre Français et indigènes la loi musulmane, et par suite, accueillir la preuve testimoniale, dans les cas où la loi française la prohibe, qu'avec une réserve prudente et lorsqu'il a été impossible au Français de se munir d'une preuve écrite.

D'abord, la jurisprudence avait paru admettre que dans les contestations entre Français et indigènes, les Français ne pouvaient pas offrir de preuve contrairement aux dispositions formelles de l'article 1341 du Code civil, (Ménerville V° Preuve testimoniale ; arrêt C. d'Alger 20 janvier 1842). — Actuellement,

elle est fixée en sens contraire : Ainsi (en vertu de l'article 37 de l'ordonnance du 26 sept. 1842), en cas de contestation entre un Français et un indigène sur les conditions et l'exécution d'un marché verbal intervenu entre eux, il est facultatif aux tribunaux d'admettre la preuve testimoniale d'un marché verbal non commercial, lors même que ce marché aurait été conclu pour une somme supérieure à 150 francs (Cour d'Alger 17 janvier 1879, Robe 1879, p. 29 et 371 — C. d'Alger 26 décembre 1884, Robe, 1885, p. 99).

L'ordonnance du 21 juillet 1846 n'a apporté aucune restriction aux coutumes musulmanes qui autorisent en toute matière la preuve testimoniale.

Mais la loi du 26 juillet 1873 en soumettant à la loi française toutes les transactions immobilières à venir, fait désormais obstacle à ce que des conventions relatives à des immeubles soient prouvées par témoins.

Serment judiciaire. — En matière de serment judiciaire, la loi française est préférée alors même qu'il s'agit d'une contestation entre indigènes israélites. Et si les parties ne font aucune réserve ni protestation contraires, le juge ne peut leur imposer le serment more judaico qui est contraire à la loi française. (Cass. Ch. des requêtes 16 juin 1869, Robe, 1869, p. 188).

Après avoir établi que dans certaines matières la

loi indigène est demeurée exclusivement applicable, que dans certaines autres l'application de la loi indigène est modérée par celle de la loi territoriale, il nous reste à indiquer que dans d'autres enfin, indépendamment de celles qui ont un caractère d'ordre public, la loi territoriale règne en maîtresse absolue sur les indigènes eux-mêmes. Nous voulons parler des matières sur lesquelles la loi indigène est muette ou insuffisante, ou seulement incertaine.

C'est ainsi qu'en matière de grossesse de la femme les commentateurs musulmans ayant admis des doctrines absolument fantaisistes, capables de jeter le trouble dans toutes les questions relatives à la filiation, la loi française a été prise comme règle impérative pour les juges en cette matière, de telle sorte que le maximum légal de la durée de la gestation ne peut être autre pour les musulmans que pour les Français d'origine (Cour d'Alger 1^{er} sept. 1866, Robe, 1866, p. 253).

La durée de la gestation pouvant être d'après certains docteurs musulmans de plus de dix mois et se prolonger de cinq à sept années, et d'après d'autres n'étant admise que jusqu'à dix mois ; dans ce doute, la *loi* musulmane proprement dite étant muette, c'est le cas de recourir à la règle tracée par l'art. 315 C. Nap. (Cour d'Alger 16 avril 1861, Robe, 1861, p. 127).

Un arrêt de la cour d'Alger a décidé dans la même matière que : « les opinions des jurisconsultes

musulmans ne sauraient avoir d'autorité légale qu'en vertu d'un acte du souverain. Qu'en l'absence de cet acte, il n'y avait d'autre droit que celui qui est écrit dans le Coran et qu'au cas où le Coran est muet, le juge est libre dans son appréciation. » (Cour d'Alger 13 novembre 1861, Robe, 1862, p. 95),

Cet arrêt qui n'admet pour la loi musulmane que le Coran, c'est-à-dire la loi écrite, supprime donc la loi orale qui résulte de la tradition recueillie et enseignée par les imans. Cette dernière étant beaucoup plus considérable que la première, il est certain que si la jurisprudence ci-dessus se généralisait, le vieux droit musulman ne tarderait pas à succomber devant le droit français.

En matière d'aliments, le doute a également été interprété en faveur de la loi française. L'obligation qui incombe aux enfants et petits-enfants de fournir des aliments à leurs ascendants prend sa source dans le droit naturel, donc ne peut être écartée entre indigènes qu'autant qu'il existerait une disposition légale formelle dans la législation des parties. Or, s'il est vrai que la loi du rite malékite restreint l'obligation alimentaire au premier degré de filiation, comme il n'est pas établi qu'il en soit de même dans le rite hanéfite, c'est le Code civil français qui règle cette question entre hanéfites. (Cour d'Alger, 3 fév. 1871, Robe, 1871, p. 279).

Enfin, dernier exemple : (Cour d'Alger, 17 décem-

bre 1884, *Rev. Alg.* 1885, 2^e p., p. 145), en cas d'appel d'un jugement de cadi qui prononce l'interdiction d'un musulman, la question de savoir si l'interdiction a son effet du jour du jugement ou seulement du jour de la décision du tribunal d'appel n'étant pas prévue par la loi musulmane, doit être résolue d'après la loi française.

SECTION III. — *Lois qui concernent les biens.*

Nous avons énoncé déjà le principe du droit des gens en vertu duquel tout territoire est soumis à la loi de la nation à laquelle il appartient. Les immeubles qui constituent le territoire français et qui en font partie sont donc régis par la loi française, même lorsqu'ils sont possédés par des étrangers. Cela est vrai aussi en Algérie, car ce pays a été déclaré incorporé au territoire français dans l'ordonnance du 22 juillet 1834, et par conséquent a été soumis à l'autorité de l'art. 3 du Code civil. Cet article dispose que tous les immeubles de France sont régis par la loi française, quels qu'en soient les propriétaires. Tel est en effet le droit commun en Algérie. A défaut de texte spécial y dérogeant, ce droit est aujourd'hui appliqué à tout immeuble possédé par un indigène sujet français, comme par un citoyen. Tous les doutes s'interprètent en faveur du droit commun, le silence, l'omission des lois exceptionnelles sont corrigés par l'application du droit commun.

Voilà la règle qui domine le régime immobilier en Algérie. La Capitulation de 1830 n'y fait pas échec car aucun mot n'y indique que les biens de musulmans seront affranchis de l'autorité des lois françaises.

Mais cette règle ne fut pas toujours observée. Etudions-en les vicissitudes.

Législation. — Avant la conquête, la loi musulmane divisait les terres algériennes en deux grandes catégories : 1^o les terres de culture qui payaient l'impôt, c'est-à-dire les terres de la région tellienne et 2^o les terres incultes ou mortes, situées sur les hauts plateaux et dans le Sahara.

Après la conquête française, l'administration des domaines divisa les terres suivant le genre d'impôt qu'elles acquittaient au temps de l'empire turc. Les unes, dites *terres Melk*, purent être librement vendues et achetées parce qu'elles faisaient déjà l'objet d'une propriété privée. Les autres, dites *terres Arch*, possédées par des êtres collectifs, les tribus, furent partagées entre ces dernières et l'Etat français. On trancha de cette manière la difficulté qui s'élevait sur le point de savoir à qui la nue-propriété de ces terres appartenait. L'Etat s'attribua complètement une troisième catégorie de terres, à savoir celles qui sous la domination turque avaient appartenu au dey ou aux beys, et celles qui avaient été constituées terres religieuses par la piété musulmane.

Comme d'autre part, les terrains occupés par les

tribus arabes étaient trop étendus en considération de leurs besoins, on leur en enleva une partie pour en faire des terres de colonisation, et, en retour, on leur reconnut sur les terres qu'elles conservèrent un droit exclusif de propriété au lieu du simple droit de jouissance qu'elles avaient eu jusqu'alors.

En conséquence, un certain nombre de tribus furent cantonnées, et les terres qu'elles abandonnèrent furent réservées à la colonisation.

Alors se posa devant le législateur français le problème de la constitution de la propriété privée.

Des transmissions immobilières s'étaient effectuées entre les français et les indigènes aussitôt après la soumission du pays. Mais la confusion des droits résultant de la circulation d'un grand nombre de terres, d'espèces différentes, engendra des propriétés incertaines et chancelantes. Des revendications fréquentes et imprévues enlevaient toute stabilité aux acquisitions. Il était presque impossible d'établir aucune origine de propriété. En présence de cet état de choses, un arrêté du 7 mai 1832 (1) déclara toute transmission immobilière, entre indigènes et européens, absolument interdite.

Cette prohibition ne fut pas rigoureusement maintenue, on la restreignit d'abord pour la lever complètement un peu plus tard. Les terres de colonisation purent être bientôt vendues et achetées librement. Alors on vit des transmissions ayant pour objet des

1. Méner. 1. 643, 644 et suiv.

immeubles d'une situation mal définie, sans limitation arrêtée, d'une contenance indéterminée, et, le plus souvent, imaginaire. Pour justifier de la propriété, peu ou pas de titres ; quelquefois un acte de notoriété, ce qui est le moins sûr des titres.

De là des désordres et une anarchie inconcevables, dans l'établissement de la propriété algérienne.

A titre de remède, une ordonnance fut rendue le 1^{er} octobre 1844 (1). En voici les principales dispositions :

L'ordonnance validait tous actes de transmission antérieurs à sa promulgation, mais les interdisait formellement pour l'avenir entre indigènes et européens. En conséquence, 1^o les ventes consenties à des européens par des propriétaires indigènes ne purent être arguées de nullité à raison de l'insuffisance des pouvoirs des cadis, maris, pères et autres personnes ayant stipulé pour autrui sans mandat spécial (art. 1^{er}) ; 2^o aucun acte translatif de propriété, consenti par un indigène au profit d'un européen, ne put être attaqué par le motif que l'immeuble transmis était inaliénable aux termes de la loi musulmane (art. 2).

Dans ces deux cas, la loi française substituait son autorité à celle de la loi musulmane, en validant ce que cette dernière déclarait nul.

Ainsi furent adoucies les difficultés de colonisa-

1. Méner. I. 578.

tion résultant de la mauvaise foi des indigènes et de l'ignorance des colons. Ces deux inconvénients avaient rendu les contrats si incertains, que personne n'osait plus ni acheter ni améliorer son bien, dans la crainte de se voir un jour dépouiller.

Pour que la propriété ainsi consolidée ne demeurât pas grevée indéfiniment de charges qui gênaient sa mise en valeur, l'ordonnance déclarait que toute rente perpétuelle constituée ou à constituer, pour prix de vente ou pour cession d'un droit immobilier, serait essentiellement rachetable *nonobstant toutes coutumes* ou stipulations contraires, (art. 11).

C'était un nouvel échec pour la législation indigène. Enfin, dans l'espoir d'arriver plus promptement au peuplement et à la mise en valeur du territoire, l'ordonnance frappait d'un impôt spécial les terres laissées incultes, et même, elle les soumettait à l'expropriation, (art. 94 et 106).

L'œuvre de consolidation de la propriété, entreprise par l'ordonnance de 1844 fut continuée par l'ordonnance du 21 juillet 1846 (1) dont le but principal fut de rendre possibles certains travaux d'utilité générale tels que routes, dessèchements de marais, distribution des eaux, etc. Pour que ces travaux publics et les sacrifices de l'Etat y correspondant ne s'effectuassent pas en pure perte, il était nécessaire de fixer avec certitude les droits, tant de l'E-

1. Méner. I. 586.

tat que des particuliers, relativement à la propriété des terres. Dans ce dessein, l'ordonnance de 1846 prescrivit que toute propriété rurale serait délimitée par les soins de l'administration, et que les titres de propriété devraient être produits dans un délai fixé, sous peine d'une déchéance rigoureuse par suite de laquelle toute terre non réclamée serait réputée vacante et sans maître.

L'ordonnance fut obligatoire aussi bien pour les indigènes que pour les citoyens. L'intérêt de la colonie fit rendre applicable la législation immobilière française aux sujets non citoyens.

Le ministre de la guerre fut chargé de déterminer dans des arrêtés spéciaux le périmètre des territoires où les titres de propriété devraient être vérifiés. Tout individu, indigène ou européen, se prétendant propriétaire de terres comprises dans le périmètre défini dut déposer ses titres à la préfecture de chaque département. La délimitation fut imposée aux sujets comme aux citoyens, par la loi territoriale ; ils durent indistinctement remettre les preuves de leur propriété à l'autorité administrative française, sans pouvoir trouver dans leurs lois personnelles le moyen de se soustraire à cette obligation.

L'examen des titres produits, l'appréciation de leur validité furent confiés non pas à la justice ordinaire, mais à la juridiction administrative. Les tribunaux restèrent seulement juges des questions

de propriété pour le cas où plusieurs prétendants revendiqueraient le même immeuble.

L'autorité française valida ou annula les titres des indigènes comme ceux des citoyens et dédommagea sous forme de concessions, ceux qui, sans titres, avaient fécondé la terre par leur travail.

L'ordonnance du 21 juillet 1846 qui eut pour effet de montrer aux indigènes qu'en matière immobilière ils devaient se considérer comme livrés à la merci de la loi française, et comme soumis à toutes les prescriptions de la loi territoriale, fut complétée par la loi du 16 juin 1851 (1) qui supprima définitivement le statut réel d'une grande classe d'indigènes, le statut réel mosaïque. Dès lors, toute transmission immobilière d'israélite à israélite fut régie exclusivement par le Code civil français (art. 16 de la loi).

La loi territoriale française est presque souveraine maintenant en matière immobilière, une seule restriction est apportée à son application. La loi réelle musulmane est encore applicable en cas de transmission de musulman à musulman. Dans toute autre circonstance, la loi française est maîtresse absolue. Aussi la loi de 1851 énonce des principes qui s'imposent aux indigènes comme aux citoyens. Elle déclare la propriété privée inviolable, sans distinction entre les possesseurs sujets français et les possesseurs citoyens. Le principe de l'inviolabilité

1. Méner, I. 593.

est contenu dans l'art. 10. Il comporte deux exceptions auxquelles les indigènes sont soumis, en vertu des lois françaises : 1° l'État a toujours le droit d'exproprier pour cause d'utilité publique, moyennant une juste et préalable indemnité ; 2° l'État a le droit de séquestrer les biens appartenant aux indigènes, dans les cas où ce châtiment est mérité.

Parlant des droits de jouissance et de disposition, la loi de 1851 réserve expressément, à l'égard des indigènes, l'autorité de la législation française.

D'abord, ces droits, qu'ils soient réclamés par des particuliers, par les tribus ou fractions de tribus, ne peuvent exister qu'autant qu'ils ont été reconnus, constitués et réglés par l'autorité française. Ensuite, s'il est vrai que chacun puisse en user de la manière la plus absolue, il faut néanmoins se conformer à la loi française pour les propriétaires européens, à la loi musulmane pour les propriétaires arabes, *et pour tous à la loi spéciale de l'Algérie.* (art. 14 § 1^{er}).

Cette dernière restriction fut insérée dans l'art. 14, pour permettre à la loi française de venir faire échec à la loi musulmane tolérée encore entre musulmans. La loi spéciale de l'Algérie, c'est en effet la loi française.

En somme, la loi du 16 juin 1851 sur la constitution de la propriété, constitua effectivement le domaine national, départemental et communal ; elle consacra l'inviolabilité des propriétés indigènes

et françaises, détermina pour la transmission des propriétés indigènes un régime nécessité par l'incertitude des titres écrits et la constitution spéciale de la propriété en droit musulman, mais surtout, en déclarant que les transmissions immobilières entre toutes personnes, autres que celles faites de musulman à musulman, seraient régies par le Code civil, elle réalisa au profit de la loi française un notable progrès. Elle soumit en effet à son autorité toute transmission d'israélite à israélite, et aussi toute transmission d'israélite à musulman ou réciproquement.

Un décret du 30 octobre 1858 (1) fit profiter les indigènes eux-mêmes du progrès que la loi française avait obtenu sur la loi musulmane, dans l'ordonnance de 1844 (art. 3). On se souvient qu'il y avait été déclaré qu'aucun acte translatif de propriété, de la part d'un musulman au profit d'un européen, ne pourrait être attaqué pour cause d'inaliénabilité fondée sur la loi musulmane. L'art. 1^{er} du décret étendit à tous les indigènes, musulmans et israélites, le bénéfice de cette disposition, dans le cas où ils se porteraient acquéreurs d'un bien de musulman.

Les musulmans, eux-mêmes, recoururent ainsi à la protection de la loi territoriale contre les dispositions de leur propre loi personnelle.

1. Méner., I, 595.

Le 16 février 1859(1), un autre décret vint étendre les garanties fournies par la loi française à un plus grand nombre de propriétés algériennes, en faisant disparaître une prohibition de la loi de 1851 qui enfermait dans l'étroite enceinte des territoires civils le mouvement des transactions immobilières.

La loi du 16 juin 1854, dans son article 14 § 2, avait interdit toute transmission de propriété privée dans les territoires occupés à titre collectif par les tribus, dits territoires militaires. De là, une importante limitation au champ d'application de la loi territoriale relative à la constitution de la propriété, et un temps d'arrêt dans l'œuvre de la colonisation. Le décret du 16 février 1859 fit disparaître cette prohibition et ouvrit à la colonisation de nouveaux horizons.

Ce ne fut pas pour longtemps. Le 7 mai suivant (2) M. de Chasseloup Laubat craignant de voir se créer des titres de propriété ne présentant pas les caractères d'authenticité désirables, et par suite, de voir reparaitre les anciennes incertitudes de la propriété algérienne, obtint de l'empereur la suspension de l'exécution du précédent décret.

Le territoire des tribus indigènes ne cessa pas de préoccuper le législateur. Le caractère de la propriété de ces tribus était fort incertain. Une seule chose était évidente : les tribus possédaient un territoire

1. Méner., I, 595.

2. 7 mai 1859. Méner. I, 596.

trop étendu pour leurs besoins, aussi laissaient-elles le sol en état de mauvaise culture, en plus d'un endroit. Pour ce motif, on décida de restreindre l'étendue du sol possédé par les tribus, et, en échange du sacrifice qui leur fut imposé de ce chef, on les constitua propriétaires incommutables de toute la partie qu'elles conservèrent. Cette transaction fut ce qu'on a appelé le procédé du *cantonnement*.

C'est le Sén. Cons. du 22 avril 1863 (1) qui en fit l'application. Par cet acte législatif, le système imaginé dans le décret de 1859 fut abandonné.

Le décret avait été rendu dans le but de favoriser la colonisation par la permission donnée aux colons d'acquérir le sol des tribus et de le livrer à la culture.

Le Sénatus Consulte inaugura un système opposé. Il déclara qu'on laisserait aux tribus le sol qu'elles exploitaient. « Rendre les tribus ou fractions de tribus propriétaires incommutables des territoires qu'elles occupent à demeure fixe et dont elles ont la jouissance traditionnelle à quelque titre que ce soit ; » tel fut son esprit.

La loi territoriale faisait sentir son autorité aux tribus en organisant leur propriété. Grâce à cet acte d'intervention, les discussions relatives au caractère de la détention des propriétés, s'éteignirent. Depuis la loi de 1851 on avait raisonné en s'ap-

1. Méner., II, 186.

puyant sur la loi musulmane, loi pleine d'incertitudes et d'obscurités, et surtout permettant l'exercice de droits réels et de servitudes inconnues de la loi française. Il fallait pour faire cesser ce désordre, que la loi territoriale vint établir la propriété indivise de la tribu, puis celle du douar, enfin la propriété individuelle des indigènes eux-mêmes.

Cette tâche considérable fut commencée par le Sénatus Consulte de 1863. En vertu de la loi française, les tribus furent déclarées propriétaires d'une partie des terrains dont elles n'avaient eu jusqu'alors que la jouissance. Par les soins de l'autorité française, eurent lieu 1° la délimitation des territoires abandonnés aux tribus, 2° leur répartition entre les douars de chaque tribu, 3° une tentative d'établissement de la propriété individuelle entre les membres de chaque douar.

L'insurrection qui éclata en 1871 confirma le gouvernement français dans l'opinion qu'il était absolument urgent d'assurer la fixité des transactions immobilières, en constituant la propriété individuelle sur une base inébranlable.

La loi du 26 juillet 1873 (1), votée dans cette disposition d'esprit eut un double objet : 1° soumettre la propriété foncière en Algérie à une législation unique, la législation française ; 2° constituer partout la propriété individuelle, afin que la loi territoriale pût être appliquée et produire ses effets.

1. Hugues et Lapra, p. 361.

Le premier but de la loi est visé par l'article 1^{er} :

« L'établissement de la propriété immobilière en Algérie, sa conservation, la transmission contractuelle des immeubles, quels que soient les propriétaires, seront désormais régis par la loi française.

Tous les droits réels, les servitudes, toutes causes de résolution fondées sur le droit musulman sont abolis.

L'empire de la loi territoriale, en matière immobilière, est ainsi considérablement étendu. L'article 3 § 2 du Code civil s'applique maintenant à toute propriété indigène, sauf exception formelle.

C'est l'article 2 de la loi qui renferme les exceptions.

Cet article établit une division entre les immeubles possédés par les musulmans. Les uns sont dès la promulgation de la loi soumis aux lois françaises, les autres ne doivent l'être qu'après l'accomplissement des formalités qui constituent les moyens d'arriver au deuxième but poursuivi par la loi.

La loi territoriale régit immédiatement : 1^o les immeubles faisant l'objet de transmissions contractuelles entre individus soumis à des statuts différents ;

2^o Les immeubles qui ont fait l'objet d'un acte administratif ou notarié, antérieur à la loi de 1873.

Lorsque l'acte est de date postérieure à celle de la loi, l'application de la loi territoriale commence au jour où l'acte a été créé ;

3° Les immeubles situés dans les territoires qui ont été l'objet des opérations de l'ordonnance du 21 juillet 1846, ou bien du cantonnement, alors même qu'ils sont transmis de musulman à musulman ;

4° Les immeubles situés dans les territoires dispensés des opérations de l'ordonnance de 1846.

Quant aux immeubles non compris dans ces quatre catégories, ils ont été laissés par la loi de 1873, dans une situation destinée à disparaître le jour où l'administration française les aura rendus français par la création d'un titre de propriété délivré après enquête.

La situation transitoire de ces immeubles peut s'analyser de la façon suivante : tout immeuble qui n'a pas fait l'objet d'un titre français, administratif, judiciaire ou notarié, est régi par la loi musulmane lorsque il est transmis de *musulman à musulman*. Transmis entre toutes autres personnes, il est soumis à la loi territoriale française.

Pour faire passer la totalité des immeubles de l'Algérie sous l'empire de la loi territoriale, la loi de 1873 a imaginé un ensemble d'opérations (titre II, chap. 1 et 2) qui aboutissent à la délivrance d'un titre de propriété français. Cette constitution de la propriété individuelle française pour les indigènes s'opère par des mesures différentes suivant que l'immeuble qui en est l'objet est situé ou non, dans un territoire où la propriété collective a été préalablement constituée.

Quand la loi de 1873 aura reçu sa pleine et entière exécution, le Tell Algérien sera soumis dans toute son étendue à l'empire de la loi territoriale.

Nous disons seulement le Tell algérien, parce que l'art. 31 de la loi de 1873 limite à cette partie de notre colonie le champ d'application de la loi.

Hors du Tell, c'est-à-dire sur les hauts plateaux, et dans le Sahara, les terres sont restées improductives, elles sont appelées terres mortes, c'est-à-dire incultes. Elles appartiennent à l'Etat français en qualité de terres du Beylick et sont administrées par l'administration générale des domaines.

Disons en passant que le législateur français a pris prétexte des opérations prescrites par la loi de 1873 dans le but de constituer la propriété individuelle, pour renouveler aux détenteurs de terres l'obligation de prendre un nom de famille, qui doit ensuite figurer sur le titre de propriété (art. 17).

Le décret du 10 septembre 1886 n'a reconnu qu'un seul cas où la loi territoriale n'était pas applicable en matière immobilière, c'est celui où il s'agit d'un immeuble possédé par un propriétaire musulman et n'ayant pas encore reçu de titre français, administratif, notarié ou judiciaire, établissant sa propriété individuelle, conformément à la loi du 26 juillet 1873. Si cet immeuble fait l'objet d'une contestation entre indigènes de même statut, la loi applicable est celle de la situation de

l'immeuble (art. 1^{er} *in fine* et art. 5, décret de 1886) (1).

La loi du 26 juillet 1873, qui avait réalisé un progrès si notable au profit de la loi territoriale, n'a pas donné jusqu'ici tous les résultats espérés. Pour hâter les heureux effets qu'on en attend encore, on a jugé utile de la modifier sur certains points et de la compléter en accentuant le caractère territorial du régime immobilier en Algérie.

Tel est le but auquel tend la loi du 28 avril 1887(2) en décidant notamment : 1^o qu'il sera procédé à bref délai aux opérations de délimitation et de répartition prescrites par le sénatus-consulte de 1863, dans toutes les tribus où ces opérations n'ont pas été effectuées ; 2^o que le ministère des cadis sera supprimé, et que l'application des formes et conditions de la loi française sera indispensable pour les cessions, licitations et partages de droits successifs portant sur des immeubles soumis à la loi française.

La loi de 1887 s'efforce de faire cesser l'indivision si fréquente et d'une forme si multiple en Algérie, pour arriver à constituer la propriété individuelle. En cas d'indivision entre plusieurs familles, elle organise une répartition entre elles avant la délivrance des titres de propriété ; elle établit un système d'enquêtes permettant d'aliéner au profit d'européens les immeubles dépendant des territoires de propriété

1. Rev. Alg., 1886, III, 184.

2. Rev. Alg., 1887, III, 69 et suiv.

collective, avant l'exécution des opérations prescrites pour ces territoires; elle fixe aussi une procédure spéciale destinée à favoriser, une fois la propriété individuelle constituée, le premier partage des immeubles restés indivis.

Le détail de ces diverses mesures ne saurait trouver place dans notre sujet, mais il était utile de les signaler pour donner un aperçu des récents progrès de la loi territoriale en matière immobilière, et de l'état de la législation actuelle sous ce rapport, en Algérie.

Doctrines et jurisprudence

Le statut réel est certainement la matière la plus complexe de toute la législation algérienne.

Elle aurait dû être la plus simple. Par suite de la conquête, le statut réel français est devenu la loi de la terre algérienne. Celle-ci étant devenue terre française devait être soumise sans exception à l'art. 3 du Code civil, d'autant mieux que rien dans la capitulation de 1830 ne peut être interprété en ce sens que les propriétés ne seront pas régies par la loi française.

Malgré cela, « on peut dire que jusqu'en 1873 il n'y a pas eu en Algérie de statut réel proprement dit, c'est-à-dire de *loi permanente* de la terre servant de loi aux conventions, aux transmissions immobi-

lières, à l'établissement, à la conservation des droits réels (1). »

Entre musulmans, la loi musulmane, entre toutes autres personnes la loi française, voilà la règle unique qui se dégage de l'ensemble des lois et qui a été appliquée fidèlement par la jurisprudence jusqu'en 1873.

Développons d'abord ce premier point.

Un arrêté du 28 mai 1832 relatif à la transcription des transactions sur immeubles s'exprime ainsi (art. 10) :

Les transactions sur immeubles entre Musulmans, Musulmans et Israélites, Israélites, continueront à être régies par le droit antérieur... »

Le droit antérieur c'est le droit indigène. Au contraire, toutes les fois qu'un chrétien est intéressé dans la transaction, c'est le droit actuel, la loi française qu'il faut appliquer.

D'où il suit que, si un indigène vend une terre à un Français, puis la même terre à un Musulman, comme la loi musulmane ne s'applique qu'entre musulmans, c'est l'art. 3 du Code civil qui régit la situation, c'est la loi française qui est applicable. En effet, entre l'indigène vendeur et le français acquéreur nul doute qu'il en soit ainsi ; lorsque cet indigène, qui d'abord contracte avec un français, contracte ensuite avec un indigène, il y a deux con-

1. Monographie de M. Eyssautier. Revue Algérienne 1887 I. p. 142.

ventions, l'une régie par la loi française, l'autre par la loi musulmane, et alors, entre ces deux conventions, c'est la loi française qui doit être souveraine, car elle est la loi de l'immeuble, objet des deux conventions. Au contraire, si les deux conventions en présence étaient musulmanes toutes deux, tout se passerait en droit musulman.

Lorsque la loi française s'applique, deux conséquences sont à signaler : la preuve par écrit est alors préférée à la preuve testimoniale (art. 1341), et la date certaine (enregistrement) à la date non certaine (art. 1328).

L'article 37 de l'ordonnance du 26 septembre 1842 laissa aux juges français le pouvoir, dans les contestations entre Français et indigènes, d'appliquer la loi française ou celle du pays, suivant les circonstances ou l'intention présumée des parties, cette disposition pouvait-elle être appliquée en matière réelle comme en matière personnelle? Non certainement, car en matière réelle, le législateur avait auparavant formellement déclaré que la loi française régirait les transactions entre chrétiens et indigènes et la loi musulmane celles intervenues entre musulmans (arrêté de 1832).

En 1846 une ordonnance du 21 juillet prescrivit la vérification des titres de propriété en Algérie. Cette vérification, qui malheureusement ne fut pas poussée très loin, donnait au propriétaire reconnu, un titre contre lequel tout autre titre venait échouer

irrémissiblement. Alors se posa la question suivante. La loi musulmane pouvait-elle encore s'appliquer aux propriétés vérifiées et reconnues par l'autorité française ?

Très certainement, la conséquence immédiate de la vérification des propriétés était d'imprimer à toutes celles reconnues, le statut réel français.

Mais ce statut était-il immuable ? Quelle loi était applicable à la transmission d'une propriété vérifiée, *entre indigènes* ? Certes, il eût été désirable que le statut français imprimé à l'immeuble fût indélébile, mais la loi de 1832, toujours en vigueur, avait dit : les transactions entre musulmans resteront régies par la loi musulmane. Or, aucun texte ne réglant l'état de la terre elle-même, force fut bien de reconnaître que la terre était soumise au droit contractuel de la convention, droit variable comme les parties entre lesquelles se concluait la vente ou la transmission, et qui faisait passer la terre d'un régime à un autre, presque chaque fois qu'elle changeait de mains.

La loi de 1854 (16 juin) vint confirmer la solution que nous avons donnée sur la question de savoir quelle loi devait régir les conflits s'élevant entre deux contrats soumis chacun à une législation différente.

Il résulte de son article 16, que, comme précédemment, tous les rapports *réels* d'indigènes avec les européens seront régis par la loi française, et,

qu'entre indigènes, ils resteront soumis au droit indigène. Entre deux contrats passés tous deux de musulman à musulman, la loi musulmane doit être appliquée, mais si dans l'un des contrats un européen a figuré, la loi française est souveraine.

Par conséquent, si deux ventes sont en conflit, l'une passée entre musulmans, l'autre entre musulman et européen, l'une régie par le droit musulman, l'autre par le droit français, la loi dominante sera la loi française, loi de l'immeuble qui naturellement doit l'emporter, en matière réelle, sur les lois opposées des contrats.

La loi du 23 mars 1855 fut rendue applicable en Algérie par décret du 4 juillet de la même année. Conformément à l'article 16 de la loi de 1851, la loi de 1855 fut obligatoire entre toutes personnes, sauf entre musulmans. L'européen dut donc toujours transcrire à l'égard *de toute personne*, l'indigène musulman dut transcrire à l'égard de tout européen, à l'égard aussi de tout indigène se trouvant partie à un contrat non exclusivement musulman.

Mais à l'égard des musulmans dans un contrat exclusivement musulman, il en fut dispensé (1). (Dissertation sur le défaut de transcription des transmissions immobilières entre musulmans. Robe 1861. p. 180 et suiv.).

Contrà un arrêt de la cour d'Alger du 21 octobre

1. Nous ne parlons pas des indigènes israélites qui au point de vue réel étaient traités comme les Européens.

1862 (Robe 1862 p. 201). Dans la note sous cet arrêt, l'échec à la loi française par la loi musulmane est approuvé contrairement à la thèse soutenue dans l'excellente dissertation doctrinale précitée.

(Voir aussi en faveur de la loi indigène, Robe, 1867 p. 40 et suiv. Dissertation de M. Robe sur le droit de propriété).

La transcription d'un titre de transmission conformément à la loi française produit-elle un effet au point de vue de la nationalisation de l'immeuble ?

Dans son étude sur le statut réel en Algérie M. Eyssautier (Rev. Alg. 87. I. p. 74) exprime le regret que la transcription n'ait pas été prise pour le signe de la nationalité française des immeubles algériens et comme le moyen de leur donner cette nationalité. En effet, aucun acte législatif n'a songé à déclarer qu'après la transcription, l'immeuble deviendrait français ; cela est regrettable, car un grand nombre d'immeubles, soumis encore à un statut réel incertain et variable, seraient depuis longtemps régis par l'article 3 du Code civil qui constitue le droit commun de l'Algérie.

Sans entrer dans les détails de la jurisprudence algérienne antérieure à 1873, nous nous contenterons d'indiquer l'idée générale qui en résulte, à savoir que la loi française fléchissait souvent devant la loi indigène.

1^{er} exemple. Un musulman vend son immeuble à

un autre musulman par acte passé devant le cadi, l'acquéreur ne fait pas transcrire. Postérieurement, le même vendeur vend à un européen, qui fait transcrire conformément à la loi du 23 mars 1855.

Le 19 mars 1862 la cour donne la préférence à la vente musulmane non transcrite sur la vente postérieure faite à l'européen et transcrite.

(Robe. 1862 p. 97. Rev. Alg. 87, I, 76, note).

2^e *exemple*. Des actes entre musulmans, non enregistrés ni transcrits, sont déclarés opposables au créancier hypothécaire français qui a pris inscription postérieurement à ces actes sur l'immeuble qui en était l'objet.

(Trib. civ. de Bône. Rev. Alg. 87, I, p. 79 n° 13).

Disons toutefois que la Cour réforma ce dernier jugement en s'appuyant sur ce que, un titre musulman n'ayant été ni enregistré ni transcrit, ne peut être opposé à un français qui possède un titre inscrit, puisque entre européens et musulmans c'est la loi française qui doit être appliquée. (Rev. Alg. *op. précit.*, 1887. I. 80 et 81).

Cette dernière jurisprudence est devenue générale depuis 1873, ainsi que nous allons le démontrer. M. Eyssautier (Rev. Alg. 87. I. p. 84) a indiqué très nettement le changement qui s'est opéré en 1873 dans le statut réel algérien.

Avant 1873, le statut de chaque propriété dépendait de la loi contractuelle de la dernière transmission, qui elle même s'accomplissait de différentes

manières suivant la qualité des parties en présence.

De là une grande complexité dans les rapports immobiliers et une grande incertitude.

Depuis 1873, trois règles fixes, dégagées et constamment appliquées par la jurisprudence, jettent de la clarté dans cette matière du statut réel, et préparent efficacement la prédominance de la loi française.

1^o Le statut réel français une fois imprimé à l'immeuble devient immuable ; il régit toutes les situations dans lesquelles l'immeuble est en cause sauf en matière de *successions*.

2^o Le statut français est imprimé à l'immeuble par un titre français judiciaire, administratif ou notarié, à compter du jour de la loi si le titre est antérieur à sa promulgation, à compter de sa propre date s'il est postérieur.

3 Les immeubles qui n'ont pas de titre français restent sous le statut variable antérieur à 1873 (1) qui n'est plus qu'un statut transitoire, car, aux termes de la loi, toute propriété peut devenir française par la délivrance d'un titre administratif après enquête.

Ces règles découlent des dispositions fondamen-

1. Loi musulmane entre musulmans, statut réel français entre toutes autres personnes ; loi musulmane entre deux conventions toutes deux régies par la loi musulmane, loi française entre deux conventions soumises l'une à la loi française l'autre à la loi musulmane.

tales de la loi de 1873 qui sont les suivantes : « L'établissement de la propriété immobilière en Algérie, la conservation et la transmission contractuelle des immeubles et droits immobiliers, quels que soient les propriétaires, sont régis par la loi française. »

Les mots établissement, conservation, transmission comprennent tous les actes relatifs aux immeubles, toutes les transactions, toutes les conventions immobilières d'Algérie.

Voilà pour la loi contractuelle immobilière. Mais le statut réel des immeubles eux-mêmes est ainsi réglé. La loi française régit le Tell algérien dès à présent pour les immeubles objet des opérations de l'ordonnance de 1846 ou du cantonnement et pour ceux qui sont pourvus de titres français, notariés, judiciaires ou administratifs, d'une date antérieure à celle de la loi, et du jour de l'acte s'il est postérieur à la loi.

Les immeubles dont la propriété n'est pas encore constatée par un titre français doivent faire l'objet d'une constatation par les soins de l'administration française (Tit. II ch. 1^{er}, loi de 1873), toute contestation étant du ressort des tribunaux judiciaires.

Si ces immeubles font l'objet d'une propriété individuelle, l'administration se contentera de la vérifier, de la *constater*.

S'ils sont soumis à une propriété collective, l'administration aura à *constituer* une propriété individuelle sur ces immeubles.

Jusqu'à l'achèvement des opérations de l'administration, c'est-à-dire la délivrance des titres de propriété, l'immeuble reste soumis au statut de l'art. 16 loi de 1854.

Quels sont les titres qui impriment à l'immeuble le statut français ?

Les actes administratifs tels que : 1° ceux qui ont reconnu les droits de propriété en appliquant l'ordonnance de 1846 ou en procédant au cantonnement ; 2° les actes de concession ; 3° les titres délivrés dans les opérations du sén. cons. de 1863.

Les actes judiciaires, qui donnent à toute constatation de propriété, l'autorité de la chose jugée.

Les actes notariés, rédigés par des officiers publics français.

Les titres délivrés en vertu de l'art. 18 de la loi de 1873.

Depuis la loi de 1873, deux nouveaux actes législatifs sont venus faire progresser encore la loi française en matière immobilière.

D'abord, le décret du 10 septembre 1886 qui consacre législativement la jurisprudence qui s'est établie depuis 1873, à savoir que la terre qui a été l'objet d'un titre français est à jamais et pour toujours française.

L'article 5 déclare qu'entre Arabes, Kabyles ou Musulmans étrangers la loi applicable est celle de la situation des biens. Quelle est la loi de la situa-

tion des biens sinon le statut réel imposé par l'art. 3 du Code civil?

Dans tous les cas où la loi française est applicable les musulmans sont justiciables de la juridiction française (art. 6).

Donc, au point de vue de la compétence, si la terre est francisée, il n'y a pas à distinguer si la contestation s'est élevée entre Européens ou entre Musulmans, c'est la juridiction française ordinaire qui doit statuer ; mais, entre Musulmans, et si la terre n'est pas francisée, c'est le juge de paix français qui est compétent. Alors, sa décision étant une décision judiciaire française, le jugement qu'il rend est un titre français dont l'effet est de donner à l'immeuble objet de la décision, la qualité d'immeuble français.

Si la terre algérienne n'est pas encore complètement française, elle tend bien à le devenir.

Le dernier acte législatif dont nous voulons parler est la loi du 28 avril 1887 qui entre autres dispositions ordonne la délimitation des tribus et le partage des terres indivises entre plusieurs familles.

Les cadis perdent toute compétence en matière de licitation et de partage, lorsque la terre à liciter ou à partager est pourvue d'un titre français.

Après avoir rappelé ces principes législatifs, qui constituent le droit réel actuel en Algérie, principes dont la place devait se trouver nécessairement ici car

ils ont été véritablement l'œuvre de la jurisprudence, — ses arrêts étant devenus lois, nous allons aborder l'étude de la jurisprudence algérienne en matière immobilière depuis 1873 sous les points de vue suivants :

I. — *Transmissions contractuelles d'immeubles et conventions relatives aux immeubles.*

Quelles sont les idées générales qui se dégagent de l'examen de la jurisprudence depuis 1873 ?

Tandis que jusqu'en 1873 la terre même qui a été régie par le statut français soit à cause d'une concession, soit parce qu'elle a été reconnue par l'administration française dans les opérations de 1846 ou dans celle du cantonnement, peut retomber sous l'empire du statut musulman, lorsqu'elle devient l'objet de conventions entre musulmans ; à partir de 1873 la terre qui a reçu un titre français ne peut plus être l'objet d'un titre musulman.

La jurisprudence a en outre dégagé avec beaucoup de netteté la distinction des terres algériennes en deux catégories :

1° Terres soumises à la loi française, en vertu d'un titre définitif français ;

2° Terres soumises transitoirement au statut musulman, lorsqu'elles font l'objet de conventions en-

tre musulmans uniquement et qui deviennent françaises par l'application d'un titre français délivré par l'administration.

C'est sur cette distinction que la loi de 1886 s'est fondée pour établir la compétence des autorités judiciaires françaises en matière immobilière.

La première catégorie est laissée à la juridiction des tribunaux ordinaires, la seconde passe de la juridiction des cadis sous celle des juges de paix.

Entrons dans les détails de la jurisprudence.

Avant 1873 le statut réel des immeubles francisés est instable. (Arrêt du 2 fév. 1886, Rev. Alg. 1886, II, p. 85, § 1^{er}). Ainsi, lorsqu'un immeuble, auquel les opérations de l'ordonnance de 1846 avaient été appliquées, était possédé par un musulman, la prescription de cet immeuble s'accomplissait selon les délais de la loi musulmane. (Arrêt 5 avril 1876, Rev. Alger, 1887, I, 115 n. 25). Alors même que le titre de propriété d'un immeuble était un acte administratif français, la preuve par témoins de la vente de cet immeuble entre indigènes musulmans était légale et admissible. (Cour d'Alger, arrêt du 19 mai 1883. Robe, XXV, 1883, p. 26).

Depuis 1873, la loi française est seule applicable et les tribunaux français sont seuls compétents à l'égard des immeubles pourvus d'un titre français. (Rev. Alg. 1886, II, 85, § 2; 1887, I, 120, n° 30; 1887, II, 276; 1887, II, 288 et la note).

C'est-à-dire : à l'égard des immeubles qui ont

fait l'objet d'un acte notarié : (Rev. Alg. 1887, I, 112, n° 24 ; Rev. Alg. 1887, I, p. 117, n° 28 ; Arrêt Cour d'Alger, Robe, 1881, p. 278 ; Arrêt Cour d'Alger, Robe, 1885, p. 180, § 3 *in fine*) ; à l'égard des immeubles qui ont fait l'objet d'un acte administratif tel qu'un acte de concession ou d'échange avec l'administration des Domaines : (Revue Alg. 1887, II, 325) ; d'où cette conséquence que la prescription ne peut être acquise sur cet immeuble au profit d'un musulman que conformément aux règles de la loi française. (Trib. civ. Constantine, Robe, 1880, p. 192 ; Arrêt Ch. des app. mus., Robe, 1882, p. 32, § 1^{er} ; Arrêt d'Alger, Robe, 1884, p. 84, §§ 4 et 5 ; Arrêt d'Alger, Robe, 1886, p. 65 § 2) ; à l'égard des immeubles qui ont fait l'objet d'une décision de l'autorité judiciaire française : (Arrêt Cour d'Alger, Robe, 1886, p. 388 et 389) ; à l'égard des immeubles qui ont été dispensés des opérations de vérification prescrites par la loi de 1873 parce qu'ils ont été soumis à celles de l'ordonnance du 21 juillet 1846 ou aux opérations du cantonnement : (Arrêt d'Alger, 8 janvier 1884, Robe, 1885, p. 180, § 3) ; (Ch. des App. Mus. Robe, 1883, p. 10 et 11 et la note).

Depuis 1873, on n'hésite plus, lorsqu'une question douteuse se pose en matière réelle, lorsqu'il y a possibilité d'appliquer la loi française aussi bien que la loi musulmane, à donner à la première le plus d'extension possible, et à rompre l'incertitude par

la solution qui rend plus prompte la souveraineté du droit français.

La jurisprudence établit deux catégories d'immeubles sous l'empire de la loi de 1873 ; ceux pourvus d'un titre français antérieurement à la promulgation de la loi du 27 juillet et qui sont soumis au droit français à partir de cette promulgation, et ceux dont le titre est postérieur et qui par conséquent ne sont soumis au droit français qu'à compter de la délivrance du titre. Bien que ce système ait été vivement combattu (Robe, 1876 p. 231 note de M. Robe ; 1876, p. 28, Dissertation de M. Robe ; Robe, 1884, 164, Dissertation de M. Desnosse) la jurisprudence ne s'en est pas départie (Chambre musulmane, Robe, 1874, p. 92 ; Ch. des App. Mus. 1876, p. 231 ; Arrêt Cour d'Alger, 1881, p. 252 ; Arrêt d'Alger, Robe, 1882, p. 330 ; Arrêt d'Alger, 1884, p. 83, § 3 ; *Revue Alg.* 1885, II, 346).

Et ce système a été adopté par le gouvernement dans une circulaire du gouverneur général d'Algérie en date du 27 février 1885. (*Revue Alg.* 1885, II, p. 349 en note).

Depuis 1873, le statut réel français une fois imprimé à un immeuble d'Algérie est, avons-nous dit, permanent et définitif (Arrêt de cassation, 6 nov. 1882. *Rev. Alg.* 1887, I, p. 124 en note).

Mais cela n'étant vrai que depuis 1873, la Cour d'Alger a eu tort d'appliquer cette doctrine dans une

espèce qui devait être régie par la loi du 16 juin 1851 toute seule (*Rev. Alg.* 1886, II, p. 79).

Si dans cette espèce, la Cour d'Alger s'est montrée jalouse des récentes conquêtes du droit réel français, elle a, par contre, commis une défaillance dans une autre espèce où elle a, bien à tort, préféré la loi musulmane à la loi française (*Revue Alg.* 1887, I, p. 128 et suiv. n° 36, § 2).

Quelle est actuellement la loi prépondérante entre contractants *de statut personnel différent*, lorsque l'immeuble n'est pas soumis au statut réel français ?

En matière de contrats immobiliers, les articles 16 et 23 de la loi du 16 juin 1851 ont abrogé l'article 37 de l'ordonnance du 26 septembre 1842 qui avait laissé aux tribunaux dans les contestations entre européens et indigènes la faculté d'appliquer la loi française ou celle du pays, selon la nature de l'objet en litige, le caractère de la convention, et, à défaut de convention, selon les circonstances ou l'intention présumée des parties. La loi de 1851, n'admit plus d'exception à l'application de la loi française que pour les transactions immobilières intervenues entre musulmans.

Aux termes de l'article 1^{er} de la loi du 26 juillet 1873 la transmission contractuelle des immeubles et droits immobiliers en Algérie quels que soient les propriétaires, est régie par la loi française.

D'après l'art. 2, la loi française régit les conventions qui interviennent entre individus de statut différent (Arrêt d'Alger, Robe, 1884, p. 266 ; Arrêt d'Alger, 1886, p. 10, § 1 ; *Revue Alg.* 1885, II, p. 187. *Rev. Alg.* 1886, II, p. 75).

Conséquences : La prescription, la preuve, sont régies par la loi française entre contestants de statut opposé.

Quelle loi gouverne la possession ?

Le droit de possession est un droit réel, qui donne naissance à des actions réelles. Si la possession a pour objet un immeuble, les actions possessoires sont réelles immobilières. Il en résulte que les tribunaux français sont compétents pour connaître des actions possessoires entre musulmans, à propos d'immeubles régis par le droit français, et que la loi française est seule applicable, car, du moment où la loi française régit un immeuble, elle le régit pour le tout : droit de propriété, droit de possession et compétence. (Trib. civ. d'Alger, Robe, 1877, p. 45, p. 50 n° 20 ; Arrêt d'Alger. 1885, p. 180, § 3).

Bien entendu, la jurisprudence que nous exposons ne s'applique pas aux terres du Sahara, qui comme nous l'avons vu précédemment ne tombent pas sous l'application de la loi de 1873. (Ch. App. Mus. 2 janvier 1885, Robe 1885, p. 296, §§ 1, 2).

Donc, relativement aux transmissions et conventions immobilières, l'examen de la doctrine et de la jurisprudence algériennes nous donne les résultats suivants :

Avant 1873, l'immeuble qui avait passé sous l'empire du statut réel français pouvait retomber sous l'application de la loi musulmane, entre musulmans.

Depuis 1873 (loi du 26 juillet) l'immeuble une fois régi par la loi française l'est pour toujours, et par suite soumis à la juridiction française même entre musulmans.

Entre européens et indigènes, c'est la loi française qui doit être appliquée de telle sorte que le créancier d'un musulman qui a un titre transcrit l'emporte sur un acquéreur musulman antérieur qui n'a pas transcrit.

La loi musulmane n'est donc plus applicable qu'entre musulmans et à propos d'un immeuble non pourvu de titre français.

II. — *Successions.*

Mobilières ou immobilières, les successions auraient dû, à partir de la conquête, être régies par la loi française, car les immeubles, le territoire étaient devenus français, les indigènes étaient devenus sujets de la France.

Si les indigènes avaient été traités comme des étrangers, leurs successions auraient toujours été régies par la loi française, quant aux immeubles à cause du territoire soumis au statut réel français ; quant aux meubles, parce que ils sont soumis à la

loi de la nation où le défunt a son domicile, c'est-à-dire pour les indigènes, à la loi française.

Mais, par égard pour la religion des indigènes, le législateur français a toujours déclaré qu'il n'était point dérogé aux règles de succession des indigènes entre eux.

Ces règles continuent à s'appliquer encore aujourd'hui entre musulmans, alors même que la succession comprend des immeubles soumis au statut réel français.

La qualité des immeubles n'a d'importance comme nous l'avons vu qu'au point de vue de l'autorité judiciaire compétente.

Pour le fond du droit, c'est-à-dire sur la capacité de transmettre ou de disposer, de succéder ou de recevoir, sur la quotité des droits successoraux de chaque ayant droit, c'est l'autorité musulmane qui est compétente sans exception *entre musulmans* et la seule loi applicable c'est la loi musulmane.

Pour l'établissement des droits des héritiers sur les biens immeubles de la succession, le tribunal français connaîtra du partage des immeubles soumis au statut réel français, le juge musulman (juge de paix depuis le décret de 1886) en connaîtra pour les immeubles encore soumis au statut transitoire.

Successions israélites. — Sur la loi applicable aux successions israélites, la jurisprudence algérienne a varié plusieurs fois. Distinguons trois périodes dans cette jurisprudence :

La première s'étend depuis la conquête jusqu'au sénatus-consulte de 1865. Pendant cet espace de temps, la jurisprudence s'appuyant sur ce que les termes de la capitulation de 1830 ne faisaient aucune distinction entre les diverses fractions de la population indigène et garantissaient aux israélites comme aux musulmans le respect de leur loi partout où elle se confondait avec leur religion, décida formellement que la succession de tout indigène israélite devait être réglée conformément aux dispositions de la loi mosaïque.

En vain, cette doctrine fut attaquée par quelques défenseurs de la suprématie de la loi française, (Robe, 1860, p. 377, en note sous l'arrêt du 23 janvier 1860) la jurisprudence y resta attachée jusqu'en 1865.

(Arrêt d'Alger. Robe, 1860, p. 376 ; Arrêt d'Alger. 1862, p. 131 ; Arrêt d'Alger. 1867, p. 16 ; Arrêt d'Alger. 1870, p. 111). Dans ces deux derniers cas, l'espèce était régie par le droit antérieur à 1865.

La seconde période s'étend du sénatus-consulte de 1865 au décret d'octobre 1870.

S'attachant à une différence de rédaction entre l'article 2 relatif aux israélites et l'article 1^{er} relatif aux musulmans, la jurisprudence décida que, le législateur ayant déclaré que les israélites conserveraient seulement leur statut personnel tandis qu'il laissait aux musulmans l'ensemble de leur législation — statut personnel et statut réel, — les israë-

lites devaient être désormais soumis pour leur statut réel au droit français.

La jurisprudence après avoir rangé, par un arrêt qui nous paraît isolé, le droit successoral parmi le statut personnel (arrêt C. d'Alger, Robe 1871, p. 184), prit l'habitude d'appliquer le droit français aux successions iraélites en les rattachant désormais au statut réel.

(Arrêts d'Alger : Robe, 1872, p. 114 ; 1873, p. 138 § 2 ; et Cass. Req., Robe, 1874, p. 256).

La troisième période annoncée est la période actuelle. Elle part du décret d'assimilation de 1870. Elle offre ceci de particulier, que pour la détermination de la loi à appliquer aux successions israélites, la distinction entre le statut réel et le statut personnel n'a plus d'utilité que relativement aux droits ouverts avant le décret qui, en déclarant citoyens les israélites d'Algérie, les a par là même, définitivement placés sous l'empire des statuts réel et personnel français.

Successions musulmanes. — Ici la situation est fort simple, la volonté du législateur n'a pas varié, le statut successoral musulman s'est toujours appliqué sans exception *entre musulmans*. (Arrêt d'Alger, Robe, 1862, p. 116) ; (1874, p. 303, Trib. civ. de Bougie).

Quid, lorsque dans une succession musulmane un Européen, un Français par exemple, est intéressé comme créancier d'un héritier ou d'un légataire ?

La capacité de recevoir se détermine-t-elle par la loi musulmane ou par la loi française ?

La Cour d'Alger (Robe, 1864, p. 98), a donné la préférence à la loi française sur la loi musulmane, eu égard à l'intérêt européen en cause. Mais n'est-ce pas méconnaître le principe que le musulman demeure soumis au statut musulman en matière de successions ? Le législateur français ayant toujours réservé cette matière au droit musulman, il ne peut dépendre d'un créancier européen d'y substituer une loi absolument différente.

III. — *Partage.*

L'article 1^{er} de la loi de 1873 dispose que l'établissement de la propriété immobilière en Algérie, sera régi désormais par le droit français.

L'établissement de la propriété, c'est la fixation des droits individuels sur un immeuble possédé par plusieurs ayants droit, c'est donc avant tout le partage.

Donc les partages d'immeubles sont soumis en Algérie à la loi française. Mais quels partages ?

Tous les partages. C'est-à-dire, l'établissement de la propriété entre les membres d'un douar et aussi entre les cohéritiers d'une même succession.

Lorsque dans une succession il n'y a qu'un seul héritier, le fait même d'être appelé à la succession lui donne une propriété individuelle sur les biens qui composent l'hérédité. Mais s'il y a plusieurs co-

héritiers, ils ont un droit collectif qui ne disparaît qu'au moment où le droit de chacun est fixé sur un lot, par le partage.

Ce partage sera donc régi par le droit français. Nous ne voulons parler que du partage des immeubles. C'est un notaire français qui y procédera dans les formes et selon les règles de la législation française, et la juridiction française sera compétente relativement aux difficultés que pourra soulever le partage. Mais il n'en est pas de même de la succession elle-même, c'est-à-dire du droit de succession. L'article 7 de la loi de 1873 déclare ne porter aucune atteinte aux règles de succession musulmane.

Donc, en matière de succession immobilière, le fond du droit reste régi par la loi indigène, c'est seulement l'application qui est soumise au droit français.

Qu'est-ce qui relève encore du droit musulman ? Tout ce qui touche à la religion et à l'état civil, à la capacité. Donc, la capacité de succéder, résultant des liens de famille ou d'affinité, la capacité de disposer et de recevoir par donation ou testament, voilà ce qui échappe encore à la loi française.

Sur la question du partage, la jurisprudence a varié. Elle semblait avoir formulé sa doctrine une fois pour toutes dans une sentence du 8 avril 1875, où ce principe était posé, à savoir que l'exception de l'article 7 (loi de 1873) devait se limiter aux règles de succession et non s'étendre aux partages.

(Rev. Alg. 87, I, p. 154 en note et n° 60 ; Trib. civ. d'Alger, Robe, 1875, p. 93).

Mais ce système fut abandonné bientôt sous l'influence du discours solennel de rentrée prononcé le 4 octobre 1875 par M. l'avocat général de Cammartin. (Rev. Alg. 87, I, 155, n° 62).

La jurisprudence algérienne manifesta, en effet, des tendances musulmanes très marquées en matière de partages. (Voir deux arrêts rapportés en note : Rev. Alg. 87, I, 158 et suiv. Arrêt Cour d'Alger, Robe, 1875, p. 276 ; Ch. des app. mus. ; Robe, 1876, p. 66 et 126).

Mais heureusement elle a quitté ces tendances, et la loi récente du 28 avril 1887 est venue soumettre définitivement à la loi française tous les partages d'immeubles déclarés français aux termes de la loi de 1873. Donc, voici la situation actuelle, qui met fin aux hésitations de la jurisprudence (1).

C'est aux cadis qu'il appartient de statuer sur le fond du droit successoral car tout droit successoral de musulman doit être réglé d'après la loi musulmane.

C'est encore aux cadis, mais alors comme notaires indigènes qu'il appartient de procéder aux opérations de compte liquidation et partage des successions musulmanes purement mobilières.

1. Dans le sens de la compétence de la juridiction française. Voir les décisions suivantes : Robe, 1884, p. 205, § IV ; Robe, 1886, p. 20 et p. 537 ; Rev. Alg. 1886, II, p. 69.

En sens contraire, décisions rapportées par Robe, 1885, p. 516 ; Rev. Alg. 1886, II, p. 67 et note, p. 72, Rev. Alg. 1886, II, 376.

Si la succession comprend des immeubles, ou bien ceux-ci sont soumis au statut réel français, ou bien ils sont encore privés d'un titre français. Dans le premier cas, c'est la juridiction française *ordinaire* qui est compétente sur les questions relatives au partage des immeubles (licitation); dans le second cas, les immeubles se trouvant encore sous l'empire de la loi musulmane, c'est le juge de paix (lequel a remplacé le cadi comme juge de droit commun depuis le décret de 1886) qui est compétent. Le cadi n'est resté compétent — art. 7 loi de 1873 — que dans les contestations relatives à la succession elle-même, non pour les questions de compte, liquidation et partage des successions immobilières.

La décision du juge de paix statuant sur la licitation des immeubles musulmans de la succession crée pour ces immeubles un titre judiciaire français.

Et alors, dans les deux cas envisagés, c'est le notaire français qui procède aux opérations de compte, liquidation et partage de la succession immobilière. Il y procède naturellement dans les formes de la loi française, quoi qu'en ait dit un jugement du tribunal de Tlemcen fort important en cette matière parce qu'il indique l'esprit de la jurisprudence actuelle. (Rev. Alg. 1887, II, p. 283). La forme du partage, de la licitation appartient aux lois de procédure et par conséquent relève du droit français.

Toutefois, le notaire doit dans le partage suivre exactement les proportions déterminées par la loi musulmane et préalablement fixées par le cadi dans sa décision sur le fond du droit.

IV. — *Hypothèques.*

A propos des questions immobilières, nous devons dire quelques mots de l'hypothèque en Algérie.

Hypothèque légale. — 1^o Hypothèque de la femme mariée.

La femme israélite mariée antérieurement au décret de 1870 a-t-elle hypothèque sur les immeubles de son mari ?

Le mariage entre israélites indigènes était, avant 1870, sauf intention contraire, régi par la loi mosaïque.

Or, le droit mosaïque donnait à la *veuve* israélite un privilège, sur les immeubles laissés par son mari, pour le prélèvement de sa dot. Quoique en germe dans le contrat de mariage, ce droit de privilège ne prenait force et vie que du jour de la dissolution de l'union conjugale. C'était alors seulement que la femme pouvait s'en servir pour reprendre l'immeuble partout où il était. Une jurisprudence constante reconnaît en conséquence à la femme israélite indigène ce droit sur tous les biens de son mari à l'effet d'assurer le remboursement de sa dot justifiée par un acte de mariage régulier, sans qu'elle soit astreinte à aucune formalité de conservation. (Arrêts Cour

d'Alger, Robe, 1867, p. 63 ; 1876, p. 44 et note).

2^o Hypothèque du mineur sur les biens de son tuteur.

Le mineur *français* a-t-il hypothèque légale sur les biens de son tuteur indigène ?

Sur plus d'un point du territoire algérien les citoyens français sont rares encore, pour ne pas dire introuvables. Il est donc fort possible qu'un mineur — français, parce que son père se sera fait naturaliser, — ait pour tuteur un musulman.

Or le droit musulman ignore l'hypothèque légale ; au contraire, le Code civil l'établit au profit de tout mineur sur les biens de son tuteur. Comment se règlera le conflit dans notre espèce ?

Sans doute, toutes les règles et conséquences de la tutelle d'un mineur français devraient être celles de la loi française qui organise la tutelle non pour qu'elle soit avantageuse à celui qui en est chargé, mais exclusivement dans l'intérêt de l'enfant. Il serait donc naturel que la loi personnelle du premier intéressé en fixât le mode de fonctionnement et que, par suite, l'hypothèque légale qui est la garantie essentielle des pupilles français grevât les biens du tuteur musulman.

Mais les indigènes musulmans ne connaissent pas l'hypothèque légale, ils n'ont pas l'habitude lorsqu'ils deviennent acquéreurs d'un immeuble de rechercher si le bien acquis est grevé d'hypothèques, l'hypothèque conventionnelle n'étant pas non plus

d'un usage fréquent entre eux, parce qu'ils n'en trouvent pas le principe dans leur législation. Si donc on accorde au mineur français hypothèque sur les biens de son tuteur musulman, — ce que le droit algérien permet parfaitement si les immeubles sont francisés, et même, croyons-nous, s'ils ne le sont pas, car toutes les fois qu'un intérêt français se trouve en conflit avec un intérêt musulman c'est le droit français qui s'applique, excepté dans les cas spécialement prévus — il y aura un grand danger. L'hypothèque légale qui grèvera les biens du tuteur sera toujours occulte, rien n'en révélera l'existence aux personnes ayant intérêt à la connaître. En vain se procureraient-elles un état hypothécaire des biens du tuteur.

Les victimes de cette situation fâcheuse ne seraient pas seulement les indigènes acquéreurs des biens du tuteur, mais aussi les européens qui auraient contracté avec ce dernier, sous l'empire de cette pensée, que le droit musulman ne créant aucune hypothèque légale, il n'y a pas à craindre d'en rencontrer une sur les immeubles d'un tuteur musulman, qui, même en sa qualité de tuteur d'un français, reste soumis à la loi musulmane, la qualité de tuteur étant pour lui une question d'état. S'il est vrai que l'acquéreur, quel qu'il soit, d'un bien de tuteur musulman ne songera jamais à remplir les formalités de purge, ne vaut-il pas mieux décider que l'hypothèque légale d'un mineur français ne

frappera jamais les biens de son tuteur soumis à la loi musulmane ? (L'article 2136 du Code civil n'étant pas obligatoire pour ce dernier).

Hypothèque judiciaire : — 1^o Le jugement du cadi musulman donne-t-il hypothèque judiciaire ?

Les tribunaux statuant en matière musulmane ne peuvent appliquer que le droit musulman ; les effets des jugements rendus par cette juridiction spéciale ne peuvent être étendus à des conséquences incompatibles avec la législation qu'elle applique. Si les tribunaux musulmans ne peuvent appliquer que le droit musulman, l'hypothèque judiciaire qui est inconnue dans cette législation ne peut s'attacher à des décisions rendues sous l'empire de la loi musulmane avec qui elle est incompatible.

Conséquence : il y a lieu de déclarer la nullité de l'inscription hypothécaire prise en vertu d'un jugement de cadi. (Arrêt de la Cour d'Alger, Robe, 1886, p. 506 ; Rev. Alger, 1886, II, 422 ; Robe, 1880, p. 295 et note).

2^o L'indigène qui a obtenu un jugement français jouit-il de l'hypothèque judiciaire ?

Évidemment, l'art. 2123 attache l'hypothèque à toute décision de l'autorité judiciaire française, indépendamment de la qualité de celui en faveur de qui elle est rendue.

Hypothèque conventionnelle. — Nous en parlerons dans la section suivante.

SECTION IV. — *Les contrats.*

Législation. — La première intervention de la loi française en matière de contrats se rencontre dans un arrêté du 9 juin 1831 (1). Elle a trait au mode de preuve des conventions écrites entre indigènes européens. La loi applicable au fond, était la loi indigène si la convention était conclue entre indigènes de même statut, la loi territoriale entre contractants de statut différent. Faute de motif pour faire prévaloir la loi d'un contractant sur la loi de l'autre, on avait été d'accord pour donner la prédominance à la loi territoriale, avant qu'aucun acte législatif eût promulgué cette règle.

La confusion des langues donna naissance à de graves difficultés lorsque les contractants étaient de race différente. La mauvaise foi des indigènes donna lieu à des plaintes nombreuses de la part des européens qui contractaient avec eux. De là, la nécessité de régler très strictement la preuve des conventions établies entre personnes de statut opposé. L'arrêté de 1831 prescrivit, à peine de nullité, que toute convention sous-seings privés, entre européens et indigènes, serait rédigée dans la langue de chacun des contractants, les deux rédactions se faisant vis-à-vis dans l'acte dressé par les parties.

Quant aux conventions constatées par acte authen-

1. Méner. I. 3.

tique, la loi française ne s'en occupa pas avant l'ordonnance de 1842 que nous indiquerons à sa date.

Un progrès sérieux de la législation française en Algérie fut réalisé par l'arrêté du 28 mai 1832 (1) qui introduisit en Algérie l'institution de l'hypothèque conventionnelle inconnue des indigènes. Toutefois, les dispositions de l'arrêté ne furent applicables qu'aux transactions entre chrétiens, chrétiens et musulmans, chrétiens et israélites. Les contrats entre musulmans, musulmans et israélites, israélites, continuèrent d'être régis par le droit antérieur (art. 10). Le droit antérieur étant le droit indigène qui ignorait l'hypothèque et n'exigeait en cas de vente immobilière aucune transcription du contrat. Ce fut l'ordonnance du 10 août 1834 (2) qui promulgua le principe au moyen duquel on pouvait connaître la loi applicable, quant au fond, dans chacune des conventions possibles entre les divers habitants de l'Algérie.

L'art. 31 de cette ordonnance disposait : « La loi française régit les conventions et contestations entre français et étrangers. Les indigènes sont présumés avoir contracté *entre eux* selon la loi du pays à moins qu'il y ait convention contraire. Dans les contestations entre Français ou étrangers et indigènes, la loi française ou celle du pays sont appliquées selon la nature de l'objet en litige, la teneur de la con-

1. Méner. I. 356.

2. Méner. I. 386.

vention, et à défaut de convention, selon les circonstances ou l'intention présumée des parties. »

La seconde partie de l'article donnait, on le voit, un assez large pouvoir discrétionnaire au juge chargé de statuer sur une convention obscure par elle-même. Grâce à ce pouvoir, la loi territoriale espérait voir augmenter ses chances d'application, le juge d'une cause mixte étant un juge français. (arrêté 22 oct. 1830, art. 5).

Nous pouvons rappeler en parlant des conventions que le contrat de prêt à intérêt fut placé par une ordonnance du 7 décembre 1835, sous l'empire absolu de la loi territoriale (1). Nous avons exposé les variations de la législation relativement au contrat de prêt en énonçant les lois d'ordre public, obligatoires pour toute personne résidant en Algérie, dans la première section de ce chapitre.

L'ordonnance du 26 septembre 1842 (2), portant organisation de la justice, reproduisit textuellement dans son article 37 les termes de l'art. 31 de l'ordonnance du 10 août 1834. La loi territoriale ne gagna, en ce qui concerne les contrats, aucune avance sur la législation indigène de 1834 à 1842.

En 1842 parut également un arrêté en date du 30 décembre, relatif au notariat (3). Cet arrêté décida que pour être valable, tout acte authentique devrait

1. Méner. I. 374.

2. Méner. I. 393.

3. Méner. I, 466.

être rédigé par l'officier public dans sa langue personnelle, puis traduit par un interprète qui signerait comme témoin additionnel (art. 16).

La loi territoriale formant le droit commun en Algérie devait fournir la solution d'un embarras ou d'une incertitude quelconque en matière de contrats, comme en toute autre.

L'article 1736 et l'article 1759 du Code civil disposent qu'en cas de louage de choses, le délai pour donner congé d'un bail expiré se règle par l'usage des lieux. Or en Algérie, des usages sur ce point n'existaient pas. Aussi l'autorité française intervint et trancha la difficulté par une ordonnance du 10 août 1846 (1).

La loi du 16 juin 1851 (2), relative à la propriété, ne fit que reproduire la règle déjà posée pour les transmissions conventionnelles d'immeubles : « Les transmissions de biens de Musulman à Musulman continueront à être régies par la loi musulmane ; entre toutes autres personnes, elles seront régies par le Code civil » (art. 16).

Le décret du 4 juillet 1855 (3), qui promulgua en Algérie la loi du 23 mars sur la transcription, déclara qu'il ne voulait en rien modifier la législation antérieure applicable aux transactions immobilières entre Musulmans. En conséquence, tout contrat de

1. Méner. I. 242.

2. Méner. I. 594.

3. Méner. I. 648.

vente entre Musulmans resta dispensé de la transcription et opposable sans publicité, même à l'égard des tiers non Musulmans.

La loi française porta une atteinte sérieuse à la loi musulmane par le décret du 30 octobre 1858 (1), en faisant cesser une pratique autorisée par cette dernière et au moyen de laquelle les indigènes faisaient nombre de dupes avec une insigne mauvaise foi.

Tout particulier musulman pouvait, en vertu de sa loi religieuse, donner la nue propriété de son bien à un établissement de piété, de charité, ou d'utilité publique et réserver la jouissance de ce bien à certains bénéficiaires suivant un ordre par lui déterminé à l'avance.

Cet acte se nomme le *habous*.

Dans le but de protéger les Européens acquéreurs de biens musulmans contre les actions en nullité auxquelles donnaient fréquemment lieu les ventes de biens *habous*, l'ordonnance du 1^{er} octobre 1844 et la loi du 16 juin 1851 déclarèrent que l'inaliénabilité résultant du *habous* ne pourrait jamais être opposée à un européen. Souvent les indigènes vendaient des biens *habous* en dissimulant l'acte de constitution, puis, lorsque ce bien avait augmenté de valeur, ils réclamaient l'annulation de la vente en produisant l'acte de constitution, ils se faisaient

1. Méner. I. 595.

alors restituer l'immeuble avec les fruits perçus et rendaient en échange le simple prix de vente.

La victime pouvait être aussi bien un indigène qu'un Européen. La loi territoriale entreprit de protéger l'indigène contre sa propre loi personnelle, en y faisant échec de la manière suivante : Le décret de 1858 étendit aux ventes de biens *habous*, faites de musulman à musulman, ou de musulman à israélite, l'application de l'art. 3 de l'ordonnance du 1^{er} octobre 1844 et de l'art. 17, § 1^{er}, de la loi du 16 juin 1851 : « Sont applicables aux transactions passées ou à venir de musulman à musulman, et de musulman à israélite, les dispositions de l'art. 3 ord. 1^{er} oct. 1844 et de l'art. 17 loi 16 juin 1851, portant qu'aucun acte translatif de propriété d'immeubles, consenti par un indigène au profit d'un Européen, ne pourra être attaqué pour le motif que les immeubles étaient inaliénables aux termes de la loi musulmane. »

Le décret du 31 décembre 1859 (1), contenant organisation de la justice musulmane, réalisa un progrès en matière de contrats sur l'ordonnance du 26 septembre 1842.

Aux termes de cette ordonnance, lorsqu'il n'existait pas de notaire français en résidence dans un rayon de vingt kilomètres, le cadi pouvait constater et rédiger toutes les conventions dans lesquelles un

1. Méner. I. 445.

musulman était partie. Le décret de 1859 décida que les cadis ne pourraient recevoir que les actes où des musulmans seraient seuls intéressés ; que tout acte où figurerait un Européen devrait être reçu par un notaire français, et que même les actes entre musulmans pourraient être passés devant les notaires français (art. 44).

Un autre progrès sur l'ordonnance du 26 septembre 1842 fut obtenu par le décret du 13 décembre 1866 (1).

L'ordonnance avait dit que la loi française, ou bien la loi indigène, serait appliquée aux contestations et *conventions* entre Français ou étrangers et indigènes, selon la nature de l'objet en litige, la teneur de la convention, l'intention présumée des parties.

Le décret de 1866 proclama l'autorité de la loi territoriale en décidant qu'elle serait toujours appliquée lorsqu'un indigène aurait contracté soit avec un français, soit avec un étranger (argument *e contrario* art. 1^{er} du décret).

Le même principe est renfermé dans les articles 2 et 3 du décret du 29 août 1874 qui établit, sur une base toute française, la justice en Kabylie (2)

Lorsque, dans une convention, les parties n'ont pas fait leur soumission à la loi française, la loi applicable est la loi musulmane ou la loi Kabyle,

1. Méner. III. 200.

2. Hugues et Lapra p. 296.

suivant la qualité des contractants. Quand l'objet de la convention est un immeuble, la loi applicable est celle de la situation de cet immeuble ; en matière mobilière on applique la loi du lieu où s'est formé le contrat.

Ces principes sont posés dans la loi pour le cas seulement où la convention intervient entre indigènes de statut différent, arabes ou Kabyles ; mais toutes les fois qu'un européen est partie au contrat, la loi française est seule applicable.

Tel est l'état actuel de la législation algérienne en matière de contrats. Le décret du 10 septembre 1886 (1) qui est le dernier document général concernant le régime législatif et judiciaire de la colonie, dispose en effet dans son article 2 que : entre musulmans, l'interprétation des conventions mobilières et l'admission de la preuve devront être conformes aux coutumes et aux usages des parties. En matière réelle, les conventions intervenues entre musulmans, arabes ou Kabyles, sont régies par la loi de la situation de l'immeuble (art. 5).

Doctrine et jurisprudence.

Nous venons de voir que l'ordonnance du 10 août 1834 (art. 31 § 2) reproduite sur ce point par celle du 28 février 1841 et enfin par celle du 26 septembre 1842 (art. 37 § 4) disposait que pour interpréter

1. Rev. Alg. 86. III. 184.

les conventions intervenues entre Français ou Européens et indigènes le juge avait la faculté de choisir entre la loi française ou celle du pays suivant la nature de l'objet en litige et la teneur de la convention. (1)

Lorsque la loi du pays était déclarée applicable entre indigène et européen, ceux-ci pouvaient tous les deux faire la preuve de la convention par témoins ou par présomptions alors même que la loi française s'y serait opposée (Alger, 3 juin 1868).

L'article 16 de la loi du 16 juin 1851, relatif aux contrats immobiliers exclusivement, décida que les conventions entre musulmans seraient régies par la loi musulmane, et entre toutes autres personnes par la loi française. (2)

L'article 74 du décret du 10 septembre 1886 qui concerne tous les contrats indifféremment a reproduit la même règle en la généralisant.

Les conventions entre européens et musulmans sont régies par la loi française (notamment au point de vue de la preuve). Ce n'est qu'à propos de conventions mobilières entre musulmans seuls que le juge peut tenir compte pour l'admission de la preuve des coutumes et usages des parties.

1. Voir une application en matière de bail, arrêt d'Alger, Robe, 1869, p. 309, autre arrêt d'Alger, Robe, 1876, p. 263.

2. Depuis la loi de 1873 les contrats immobiliers ayant pour objet des immeubles francisés sont soumis même entre musulmans aux dispositions de la loi française (Robe 1885, p. 308 Cass. Req. 6 nov. 1882).

Passons en revue quelques contrats immobiliers .

Donation d'immeuble. — Si la donation s'opère entre personnes de statut différent elle est soumise à toutes les règles de la loi française.

Si elle intervient entre musulmans exclusivement, il faut distinguer si l'immeuble qui en est l'objet a été francisé ou non.

Dans le premier cas, le bien étant entré sous le régime de la loi française doit rester désormais en dehors de la loi musulmane, donc la donation est soumise à la loi française pour ce qui est de la forme et de l'officier public qui la constate ; mais la capacité des donateur et donataire, étant du statut personnel, reste soumise à la loi musulmane.

Dans le second cas, l'immeuble étant encore régi par le statut transitoire, tout se passe selon la loi musulmane.

Vente d'immeuble. Cession de droit réel. — *Entre Israélites*, depuis la loi de 1851, tout contrat immobilier est régi par la loi française. La jurisprudence l'a constamment reconnu.

Il résulte en effet de l'art. 16 de cette loi qu'en dehors des musulmans entre eux, les transmissions contractuelles de biens doivent être régies par le Code civil, et conséquemment avec toutes les lois qui le complètent ou le modifient.

Donc, par là même, les biens des israélites indigènes ont été placés sous l'empire du statut réel français, et les démembrements de propriété comme

la propriété elle-même, la preuve et la forme des conventions, ont été soumis au droit français.

Conséquences : Toute convention ou cession immobilière intervenue entre israélites devra être transcrite conformément à la loi du 23 mars 1855 pour devenir opposable aux tiers même israélites. (Arrêt Alger, 2 juin 1870 ; Robe, 1870, p. 156. Arrêt d'Alger ; Robe, 1879, p. 217).

En outre, la preuve n'en pourra être faite que conformément aux dispositions de la loi française ; la preuve par témoins ne sera pas admissible sans commencement de preuve par écrit, alors même que la loi mosaïque autoriserait le contraire. (Arrêt précité, Robe, 1879, p. 218 ; Cass. req., 17 fév. 1880, 1880, p. 94 ; Cass. req., 1881, p. 181).

Entre Musulmans, — la jurisprudence a toujours déclaré que les contrats de vente sont régis par la loi musulmane. Mais jusqu'où s'étend la portée de cette déclaration, quelles en sont les conséquences ?

Jusqu'en 1873, date à laquelle on a commencé à se préoccuper dans les litiges relatifs aux immeubles de la nationalité de ces immeubles, la jurisprudence a donné à la règle que nous venons d'énoncer une portée absolue.

C'est ainsi qu'elle décidait que le contrat de vente passé conformément à la loi musulmane était opposable aux tiers, même non musulmans, qui avaient acheté postérieurement par acte authentique transcrit, alors même que le premier contrat n'aurait

été ni enregistré ni transcrit. D'où cette conséquence que les créanciers hypothécaires du vendeur, porteurs d'un titre antérieur à la vente ne pouvaient plus requérir inscription sur l'immeuble après l'acte de vente non transcrit (Arrêt Alger, Robe, 1862, p. 97).

La loi musulmane ignore, en effet, d'une manière absolue la transcription, l'hypothèque. Donc, entre indigènes, la vente doit purger l'immeuble, à l'égard de tous, de tout droit hypothécaire non inscrit du chef du vendeur.

Tel fut le système de la jurisprudence.

En vain, on objecta que les conséquences du droit musulman devaient se renfermer dans les rapports de vendeur à acquéreur et créanciers musulmans, mais non nuire aux européens dont les droits étaient réglementés par le Code civil ; que les décisions de la jurisprudence imposaient la loi musulmane aux Français, humiliaient le vainqueur devant le vaincu et frappaient l'européen d'une déchéance que la loi ne prononce pas.

M. Robe se constitua le défenseur de la doctrine admise par la jurisprudence (1) qui d'ailleurs, sans se laisser intimider, ne s'était pas départie de sa première opinion. (Arrêt d'Alger, Robe, 1862, p. 201).

Mais quand vint la loi de 1873, il fallut tenir compte de la qualité de l'immeuble objet du con-

1. Dissertation de M. E. Robe. Journ. de Robe, 1867, p. 37.

trat. Force fut à la jurisprudence de faire fléchir la règle qu'elle avait posée (1). Aussi lisons-nous dans un arrêt du 9 avril 1881 que si :

« En principe, l'acte de transmission immobilière entre musulmans, non transcrit, est opposable aux tiers parce que la loi française ne s'applique pas aux transmissions d'immeubles de musulmans à musulmans, il faut cependant faire exception lorsque l'immeuble est, à cause de l'origine de propriété, soumis à la loi française. Dans ce cas, les droits réels consentis sur l'immeuble ne peuvent être opposés aux tiers que moyennant l'accomplissement des formalités de la transcription. (Arrêt d'Alger, 9 avril 1881, Robe, 1883, p. 353. Voir aussi : Arrêt d'Alger, Robe, 1880, p. 66, § 4).

Cependant un arrêt du 31 décembre 1884 est retombé dans l'ancien système, oubliant les nouvelles conditions faites aux contrats immobiliers par la loi de 1873. (Arrêt d'Alger, Robe, 1885, p. 160).

Entre indigènes et européens. — Jusqu'à la loi de 1851 la jurisprudence appliqua au contrat de vente intervenu entre indigènes et européens l'article 37 de l'ordonnance du 26 sept. 1842 aux termes duquel les tribunaux pouvaient appliquer la loi française ou la loi musulmane selon les circonstances et l'intention révélée par le contrat lui-même (2).

Conséquence : La preuve testimoniale pouvait être

1. Robe, 1884, p. 308, 38^e question de droit.

2. Robe, 1877, p. 99, arrêt d'Alger, 19 mars 1877..

reque au-delà de 150 francs quand la loi musulmane avait été déclarée applicable.

Mais la loi du 16 juin 1851 ayant ramené tous les contrats immobiliers entre indigènes et européens sous l'empire du droit commun, on ne put plus dès lors invoquer l'article 37 de l'ordonnance de 1842 pour être admis à prouver la convention par témoins. (Arrêt d'Alger, 2 fév. 1880, Robe, 1880, p. 66, § 3).

Donc actuellement, tout contrat de vente mixte est soumis au droit français. Mais si l'immeuble acquis par un européen provient de mains indigènes, la législation algérienne ayant déclaré respecter la propriété indigène, il y a obligation pour l'acquéreur de subir les droits réels qui grèvent l'immeuble en vertu de la loi musulmane.

Bien que la terre sortant d'une possession musulmane pour entrer dans la circulation européenne, cesse d'être régie par la loi musulmane, les servitudes actives ou passives établies en vertu de cette loi subsistent, car le droit français ne s'empare de l'immeuble que pour l'avenir. (Arrêt d'Alger, 7 déc. 1859, Robe, 1860, p. 46 et autre arrêt même Cour, Robe, 1862, p. 167).

Rappelons que toute vente mixte comme tout contrat mixte doit être (arrêté du 9 juin 1831) rédigé dans les deux langues des contractants à peine de nullité. (Arrêt d'Alger précité, Robe, 1880, p. 65, §§ 1 et 2).

Hypothèque conventionnelle. — Le droit musulman

ne connaît pas l'hypothèque, il organise seulement en faveur du crédit un droit de nantissement absolument différent de l'hypothèque puisque ce droit ne confère qu'un *jus ad rem*, l'hypothèque constituant un *jus in re*. Donc, alors même qu'un musulman interviendrait dans un contrat d'hypothèque, il nous semble qu'il appartient toujours au droit français de régir le contrat, puisque c'est au droit français que les musulmans doivent de connaître l'hypothèque.

La jurisprudence admet tous les jours comme valables les hypothèques constituées par des indigènes même sur des immeubles non encore francisés, et ce, dans un but d'utilité pratique, pour faciliter les relations d'intérêt entre les européens et les indigènes, en permettant à ceux-ci d'offrir à leurs prêteurs des garanties sérieuses.

Il est vrai que si l'immeuble hypothéqué est acheté par un indigène qui n'a aucune notion de notre droit hypothécaire, celui-ci paie son prix et peut ensuite être évincé par le créancier hypothécaire si son vendeur est insolvable. Il souffre donc sans avoir commis aucune faute au point de vue de sa législation personnelle. C'est un inconvénient de l'application du droit hypothécaire français à des musulmans et sur des immeubles non francisés, mais pour l'éviter, il faudrait sacrifier les intérêts européens aux intérêts indigènes, en portant atteinte à la solidité des hypothèques consenties par des musulmans à

des européens, ou bien en interdisant aux européens le placement de leurs capitaux sur hypothèques musulmanes.

C'est ce que la jurisprudence ne veut pas faire.

SECTION V. — *Organisation judiciaire.*

— *Questions de compétence et de procédure.*

Législation. Période de premier établissement. — Après la capitulation d'Alger, la domination française succéda brusquement à l'empire turc qui depuis le commencement du XVI^e siècle étendait son protectorat sur la régence. L'administration française remplaça sans transition l'administration turque, elle fut obligée d'organiser du jour au lendemain tous les services algériens, car, les documents administratifs turcs ayant été détruits il fut impossible d'utiliser l'expérience de l'ancienne administration.

Pour opérer l'organisation des services, un comité fut institué par arrêté du 16 octobre 1830 (1), qui divisa l'administration en trois branches : intérieur, justice, finances.

L'organisation de justice présenta immédiatement de graves difficultés. D'une part, les tribunaux indigènes devaient être maintenus parce que la France avait promis de les conserver dans la capitulation,

1. Ménier. I, 5.

ensuite parce que seuls, des magistrats indigènes pouvaient administrer à leurs coréligionnaires une justice conforme aux principes religieux et aux usages du pays. D'autre part, des tribunaux français étaient indispensables pour assurer le maintien de l'ordre et protéger les européens disséminés au milieu d'une population barbare et hostile.

Pour concilier ces intérêts divers, un arrêté du 22 octobre 1830 (1) organisa la justice de la façon suivante : les causes civiles et criminelles intéressant les musulmans continuèrent à être portées au *cadi hanefi* pour les turcs, au *cadi maleki* pour les maures, les causes intéressant les israélites au tribunal des rabbins. Les lois musulmanes ou israélites y étaient appliquées comme par le passé, sans qu'un appel fût possible contre le jugement d'un magistrat indigène.

Les crimes et délits commis par les indigènes contre des propriétés ou des personnes françaises, étaient déférés à l'autorité militaire française jugeant dans ses conseils de guerre.

Quant aux européens résidant en Algérie, ils relevèrent des tribunaux français.

Par cet arrêté, la France n'avait aucun droit de répression sur les indigènes coupables de crimes ou délits à l'encontre d'un non-français. Elle tolérait l'application des lois indigènes dans tout procès où

1. *Méner.* I, 383.

des indigènes étaient exclusivement intéressés. C'était, de la part du vainqueur, une véritable abdication de souveraineté.

Mais cette modération et ces ménagements exagérés à l'égard des vaincus, reçurent de promptes limitations.

Un droit d'appel fut ouvert devant la juridiction française contre les sentences émanées des tribunaux répressifs indigènes; les causes mixtes entre israélites et musulmans furent enlevées à la compétence des cadis et attribuées aux tribunaux correctionnels français, ou à la Cour de justice, suivant la gravité de l'infraction commise. (Arrêté du 16 août 1832 art. 6 et 7; arrêté 8 octobre 1832 art. 2) (1).

Première période d'assimilation. — L'œuvre d'assimilation progressive entre l'organisation judiciaire algérienne et l'organisation judiciaire de la métropole commença vraiment à la date du 10 août 1834 (2). C'est le véritable point de départ des conquêtes réalisées par la juridiction française sur les juridictions indigènes.

L'ordonnance du 10 août rappela d'abord aux magistrats indigènes qu'ils dépendaient de l'autorité française et qu'ils n'exerçaient leurs fonctions que par un effet de sa bienveillance à l'égard de la population algérienne; aussi durent ils rendre désormais la justice, comme les magistrats français, au nom du roi de France.

1. Méner. I, 384 et 385.

2. Méner. I, 385.

D'une part, le nombre des tribunaux français fut augmenté. On créa au chef-lieu de chaque province un tribunal de première instance, et en outre à Alger un tribunal supérieur d'appel ainsi qu'un tribunal de commerce.

Ces tribunaux français furent déclarés compétents pour statuer entre indigènes de religion différente.

D'autre part, l'autorité des tribunaux indigènes fut diminuée. Les tribunaux israélites virent leurs attributions réduites à la connaissance des questions purement religieuses. Les rabbins ne jouèrent plus qu'un rôle de conciliateurs et d'officiers chargés de constater les conventions entre israélites. Ils perdirent absolument tout droit de juridiction en matière répressive.

On ne laissa en cette matière, aux cadis, que la connaissance des crimes ou délits commis par un musulman contre un musulman. Leur décision pouvait être frappée d'appel devant le tribunal supérieur séant à Alger.

L'étendue de juridiction des tribunaux français a donc notablement progressé. Au point de vue répressif, ils connaissent des contraventions commises par toute personne quelles que soient sa race et sa religion ; des crimes et délits commis par les israélites contre toute personne ; de ceux commis par les musulmans contre toute personne non musulmane.

Les magistrats français peuvent évoquer les causes criminelles que le cadi refuserait ou négligerait de

poursuivre, aucune condamnation prononcée par un cadi ne peut être exécutée sans avoir été visée par le procureur général ou par l'un de ses substituts.

Hors des limites assignées aux juridictions civiles, c'est-à-dire en territoire militaire, la connaissance des crimes et délits fut attribuée aux conseils de guerre, même au cas où les deux parties étaient indigènes, si le fait à punir compromettait la souveraineté française ou la sécurité de l'armée.

Au point de vue civil, les tribunaux français purent connaître de toutes les affaires civiles et commerciales entre indigènes et français ou étrangers, de même qu'entre indigènes de religion différente.

Seules les contestations entre indigènes de même religion, leur échappèrent.

Une garantie fut encore accordée aux musulmans: Lorsqu'un des leurs était intéressé dans un procès, les juges français appelés à statuer devaient se faire assister d'un assesseur musulman ayant voix simplement consultative. Son avis devait être mentionné au jugement.

Cette garantie fut augmentée par l'arrêté du 28 mars 1836 (1) qui créa dans le sein du tribunal d'Alger une chambre temporaire chargée exclusivement des affaires intéressant les musulmans.

Une ordonnance du 31 octobre 1838 (2) dans le but de suppléer à l'insuffisance numérique du per-

1. Méner. I, 388.

2. Méner. I, 13.

sonnel judiciaire français et pour multiplier parmi les indigènes les représentants de la justice française, étendit aux commissaires civils et aux commandants de place les attributions des juges de paix et une partie de celles des tribunaux civils, dans les localités éloignées de dix kilomètres du siège de l'un des tribunaux.

Le 28 février 1841 (1) une nouvelle ordonnance vint diminuer encore les attributions des tribunaux musulmans en matière répressive, en leur enlevant le droit de prononcer des peines criminelles ou correctionnelles pour punir les infractions prévues par les lois françaises, dans les territoires où des tribunaux civils étaient établis.

Les conseils de guerre étendirent leur juridiction sur toute la population des localités où l'autorité civile n'était pas encore constituée.

En vertu de cette ordonnance, les tribunaux français eurent seuls la connaissance des crimes¹ et délits, prévus par le Code pénal, commis en Algérie. Les sentences des cadis en matière civile furent déclarées susceptibles d'appel devant la cour d'Alger.

Dès lors, l'action de la justice musulmane allait devenir insignifiante.

En date des 1^{er} juin (2), 19 août et 19 octobre 1841 (3) des ordonnances rendirent applicables en

1. Méner. I. 388.

2. Méner. I. 203.

3. Méner. I. 313.

Algérie les lois, décrets, et règlements qui régissaient en France l'enregistrement, fixaient les droits de greffe, d'hypothèque, les obligations des notaires, huissiers, commissaires priseurs et autres officiers publics relativement à la rédaction des actes et à la tenue des répertoires.

Ainsi, toute la partie de la législation française concernant l'administration de la justice, devenait peu à peu obligatoire en Algérie.

L'ordonnance du 26 septembre 1842 (1) eut à cet égard une très grande influence, car elle introduisit en Algérie une organisation judiciaire exactement calquée sur l'organisation de la métropole. Des justices de paix, des tribunaux de première instance, une cour d'appel furent établis dans la colonie et une ligne de démarcation très nette apparut dans l'administration de la justice entre les affaires indigènes et toutes autres affaires.

Les affaires indigènes civiles ou commerciales, c'est-à-dire celles où des musulmans étaient seuls parties furent laissées aux tribunaux musulmans, mais l'appel des sentences émanées de ces tribunaux fut ouvert devant la cour d'Alger.

Toutes les contestations ne s'élevant pas entre musulmans exclusivement ressortirent aux tribunaux français. Les tribunaux français n'étaient donc plus incompétents à l'égard des indigènes qu'au cas où toutes les parties en cause étaient des musul-

1. Mèner. I. 391.

mans. Si un européen ou un israélite figurait au procès les musulmans devaient se soumettre à la juridiction française.

C'était un progrès réalisé sur l'ordonnance du 10 août 1834. L'article 27 de cette ordonnance n'avait accordé de compétence aux tribunaux français à l'égard des indigènes que lorsqu'ils étaient de religion différente.

Si le procès éclatait entre deux israélites, le tribunal français était incompétent. Au contraire, depuis l'ordonnance de 1842, le tribunal français devint compétent puisqu'on ne lui enlevait que les seuls procès entre musulmans, (art. 33). Lorsque dans une contestation un musulman était intéressé, les juges français devaient s'adjoindre un assesseur musulman, l'ordonnance de 1842 ayant reproduit la règle édictée à cet égard par l'ordonnance de 1834.

Les magistrats musulmans ayant perdu toute juridiction répressive, les tribunaux français eurent seuls le droit de punir, sans acception de personnes, sans distinction entre les nationalités, les races ou les religions (art. 38). Toutefois, les cadis conservèrent le droit de connaître des infractions punies par la loi musulmane et ne constituant selon la législation française, ni crime, ni délit, ni contravention. (art. 44).

Quant aux rabbins, ils avaient cessé d'exister en tant que juridiction, ils n'exerçaient plus d'autre fonction que celle de donner des avis sur les contes-

tations relatives à l'état civil, aux mariages et aux répudiations entre israélites ; matières d'un caractère tout particulièrement religieux.

Par un dernier égard, leurs avis étaient annexés à la minute des jugements rendus sur ces matières par les magistrats français.

Les cadis, juges des procès civils et commerciaux entre musulmans exclusivement, furent placés par l'ordonnance sous la surveillance du procureur général. Ils n'étaient donc considérés que comme des auxiliaires de la justice française, en aucune façon indépendants.

Relativement à leurs délits, les musulmans relevèrent de la juridiction des tribunaux correctionnels français, sauf dans les territoires situés hors du ressort des tribunaux français. Les délits commis par les musulmans en territoire militaire étaient punis par l'autorité militaire française. Seules, les peines édictées par les lois françaises pouvaient être infligées aux indigènes.

Pour leurs crimes, les indigènes comparaissaient, dans le ressort d'Alger, devant la Cour royale constituée en chambre criminelle, dans les autres ressorts, devant les tribunaux de première instance. La nation, la religion de l'accusé étaient de nulle considération.

La Cour royale d'Alger remplaça, dans l'ordonnance de 1842, le tribunal supérieur institué par l'ordonnance du 10 août 1834. Son ressort embras-

sait tout le territoire algérien non soumis à l'autorité militaire.

C'était sous son contrôle que les tribunaux musulmans rendaient la justice, et elle connaissait des appels formés contre leurs décisions. Sa juridiction dominait la juridiction musulmane.

Enfin, l'article 62 de cette ordonnance déclara applicable même aux indigènes, le Code d'instruction criminelle français.

Cette mesure fut complétée par celle prise le 16 avril 1843 (1). A cette date, une nouvelle ordonnance étendit également aux indigènes l'application du Code de procédure civile (art. 1^{er}).

La même ordonnance décida (art. 22) que : « Lorsque l'exécution d'un jugement rendu par le cadi en matière civile ou commerciale ne pourrait être obtenue à l'aide des voies autorisées par la loi musulmane, la partie, en faveur de laquelle ce jugement aurait été rendu, pourrait se pourvoir devant le président du tribunal de première instance du ressort à l'effet de le faire exécuter selon les formes de la loi française. »

Cette même ordonnance portait promulgation en Algérie du Code de procédure civile, mais en y introduisant certaines modifications commandées par les besoins particuliers de la colonie.

En cette même année 1843, une nouvelle diminution des pouvoirs provisoirement laissés aux tribu-

1. Méner. I. 568.

naux musulmans est à signaler : une ordonnance du 17 juillet (1) leur enleva le droit de prononcer des condamnations capitales.

La compétence des conseils de guerre fut étendue aux crimes commis par les indigènes hors des limites de la juridiction des tribunaux ordinaires, et pouvant entraîner la peine de mort.

Enfin, un arrêté du gouverneur général en date du 5 août (2) maintint la population des localités où l'autorité civile n'existait pas, sous la dépendance de la juridiction militaire. Les commandants de place furent investis des fonctions de juges de paix.

De cette façon, la justice française était représentée aux yeux des indigènes, dans toutes les parties de la colonie algérienne.

L'ordonnance de 1842, en instituant en Algérie des juges de paix pour y former le premier degré de la juridiction française, avait prévu et permis l'extension de la compétence de ces magistrats dans l'intérêt des justiciables, à raison du grand éloignement des chefs-lieux de tribunaux. Un décret du 19 août 1854 (3) mit à profit cette précaution de l'ordonnance, en créant une classe particulière de juges de paix dits à compétence étendue, établis dans certains centres de population où ils formèrent de véritables petits tribunaux.

1. Méner. I. 516.

2. Méner. I. 407.

3. Méner. I. 397.

Ce même décret introduisit en Algérie l'institution des cours d'assises, mais sans le jury. Tous les faits qualifiés crimes, commis par des européens ou des israélites, dans les territoires civils furent déférés à leur juridiction. Les crimes commis en territoire militaire restèrent dévolus à la juridiction des conseils de guerre.

Depuis 1832, les progrès de la justice française en Algérie, avaient suivi une marche sûre qui ne s'était pas ralentie. On pouvait prévoir que l'assimilation complète ne tarderait pas à s'effectuer entre la colonie et la métropole, quand parut un décret du 1 octobre 1854 (1) qui imposa un temps d'arrêt imprévu à la marche progressive que nous avons exposée.

Période d'indépendance des juridictions musulmanes.

— Ce décret tout en réorganisant la justice musulmane et en y appliquant des améliorations incontestables commit la faute lourde de rendre les juges indigènes indépendants des tribunaux français, et décida que l'appel des sentences musulmanes serait porté non plus devant les magistrats français, mais devant un tribunal supérieur musulman nommé Midjelès prononçant en dernier ressort et sans recours possible.

Le principe inspirateur du décret de 1854 fut celui de l'indépendance *en matière civile* de la justice musulmane vis-à-vis de la justice française, celle-ci

1. Méner. II. 123.

demeurant en matière criminelle seule compétente à l'égard des crimes, délits et contraventions, quelle que fût la nationalité de l'inculpé.

Les ordonnances du 28 février 1841 et du 26 septembre 1842 avaient voulu tenter un rapprochement entre deux législations qui se heurtent à chaque pas, en donnant à l'autorité judiciaire française le pouvoir de réviser au point de vue d'un droit différent du nôtre les sentences des tribunaux indigènes. De là, affirmait-on, des tiraillements, des conflits, et une confusion d'attributions, engendrées par l'entrelacement des autorités.

« Les inconvénients du système actuel, sont nés du croisement des juridictions ; en les séparant, les difficultés seront aplanies et le progrès deviendra plus facile. »

Voilà ce qu'écrivait le maréchal Vaillant dans son rapport à l'Empereur sur le décret de 1854.

L'application de la réforme demandée fut procurée par le titre 3 du décret, qui, tout en fixant la compétence des tribunaux musulmans, établit une séparation complète entre les deux justices, indigène et française.

Pour défendre cette innovation, on invoqua les sentiments de haute tolérance religieuse, de respect pour les mœurs et la législation arabes.

Les juridictions françaises ne devaient-elles pas se contenter de voir les musulmans revêtus du droit de les saisir d'un commun accord ? Toutefois, ce

droit disparaissait dès que l'autorité musulmane avait été saisie. Une fois saisie, celle-ci ne pouvait plus être dépossédée du litige, même au moyen d'une cession faite par une partie abandonnant ses droits litigieux au profit d'un français (art. 28 et 29 du décret).

On fit valoir aussi les considérations suivantes : la surveillance française sur les magistrats indigènes était illusoire ; dans les localités éloignées, des plaideurs riches, condamnés par le Cadi, amenaient à une composition arbitraire la partie adverse plus pauvre, en la menaçant d'appeler et en lui faisant entrevoir les dépenses qu'entraîneraient le voyage, un séjour prolongé à Alger, et les nombreuses formalités de la juridiction française ; enfin, ce qu'il importait d'obtenir, c'était non pas la substitution de nos tribunaux aux tribunaux indigènes, mais la moralisation de ces derniers par le choix de magistrats probes et éclairés.

La pacification de l'Algérie amena l'empereur à croire qu'il serait en effet d'une bonne politique de rétablir dans son intégrité l'organisation de la justice musulmane et de la délivrer du contrôle du procureur général français pour la placer sous la direction des préfets en territoire civil, et des généraux en territoire militaire.

De plus, l'administration de la justice pour la population française et européenne des territoires civils était placée dans le ressort exclusif du ministre

de la justice, tandis que le service de la justice indigène restait dans les attributions du ministre de la guerre.

Ce fut un obstacle élevé contre toute assimilation entre les deux populations de l'Algérie. Les deux justices étaient alors absolument distinctes et séparées. En les plaçant sous la surveillance de deux autorités différentes, indépendantes l'une de l'autre, on constituait des tribunaux musulmans non seulement sans lien et sans contact avec les nôtres, mais encore, on les plaçait sur un pied de rivalité dangereuse.

Les mauvais résultats de cette innovation en précipitèrent l'abrogation.

Les midjelès, anciens corps consultatifs devenus cours souveraines, se montrèrent hostiles à l'influence française.

« Protégées par leur omnipotence, les décisions des tribunaux musulmans ont donné naissance aux réclamations les plus vives. Plus d'une fois, les indigènes, dans l'impossibilité où ils étaient de s'adresser à nos magistrats pour obtenir la réformation des jugements de leurs tribunaux, ont fait retentir les cours d'assises de leurs plaintes contre la corruption de leurs juges. Des arrêts ont dû en flétrir quelques-uns, et, si dans quelques occasions, on n'a pas sévi autrement que par la destitution, c'est que, sans profit pour les justiciables, on aurait déconsidéré une institution à laquelle les Arabes étaient encore forcés d'avoir recours ».

Rapport du comte de Chasseloup-Laubat sur le décret de 1859. (Ménerville. I, p. 411 en note).

Deuxième période d'assimilation. — Le 31 décembre 1859 (1), un décret fit cesser la déplorable séparation intervenue entre les tribunaux musulmans et la magistrature française, en rétablissant le droit de contrôle de cette dernière sur les décisions des cadis.

Ce décret ne fit pas que placer à nouveau la juridiction musulmane sous la surveillance de la justice française (premier président et procureur général). Tout en maintenant le cadi comme juge de droit des indigènes (art. 4 et 10), il attribua aux tribunaux français la mission de juger les appels musulmans (art. 21). « Les appels de jugements rendus en premier ressort par les cadis seront portés devant les tribunaux de première instance ou devant la cour, conformément aux règles posées dans les articles 22, 23 et 24 ».

C'était assez faire pour les indigènes musulmans, que de leur laisser leurs juges en première instance. L'intérêt de la bonne justice et de la sécurité politique exigeaient que la juridiction française fût placée au-dessus des cadis comme juridiction d'appel.

L'article 37 du décret déclara que les sentences en dernier ressort des cadis et des juges de paix appliquant la loi musulmane, ainsi que les arrêts

1. Méner. I. 411.

rendus sur appel de ces sentences ne seraient pas susceptibles d'un recours en cassation.

En posant le principe qu'une question de droit musulman ne pouvait être portée en cassation, le décret voulait placer la loi musulmane dans une situation d'infériorité vis-à-vis de la loi française, en évitant qu'il s'établît pour le droit musulman une jurisprudence constante, et qu'à la place des coutumes variées, il se créât un code définitif du droit musulman.

Le décret fit simplement aux musulmans l'application du principe que les lois de police obligent les regnicoles, en déclarant qu'ils étaient soumis aux tribunaux français pour tous les crimes, délits et contraventions prévus par le Code Pénal ou les lois promulguées en Algérie (art. 3).

Un décret du 15 mars 1860 (1) déféra les crimes, délits et contraventions commis en territoire militaire par les européens et les israélites, aux cours d'assises, tribunaux correctionnels et juges de paix à compétence étendue. Ceux commis par les musulmans restèrent dévolus aux conseils de guerre.

Encore une fois, les israélites devançaient les musulmans dans leurs progrès d'assimilation.

Nous avons vu qu'en territoire militaire, le commandant de place remplissait les fonctions de juge de paix et en outre était revêtu d'une partie de celles

1. Mèner. I. 400.

des tribunaux civils. Le 17 mai 1866, (1) un décret remplaça cette juridiction exceptionnelle par celle de juges de paix établis dans les territoires militaires comme dans les territoires civils. En conséquence, les commandants de place perdirent non seulement la juridiction de paix mais aussi leur juridiction civile et commerciale qui en était le prolongement.

Le résultat de ce décret fut donc de placer les territoires militaires sous le même régime que les territoires civils au point de vue de la justice civile.

Le 13 décembre de la même année(2), un nouveau décret, portant organisation de la justice musulmane, institua un conseil supérieur de droit musulman séant à Alger pour trancher les questions d'état où la loi musulmane s'appliquait encore à raison de leur connexité avec la religion elle-même.

L'art. 7 du décret soumit les cadis et leurs adels à l'autorité du premier président et du procureur général de la Cour d'Alger. L'appel des sentences émanées des magistrats indigènes devait être porté devant les tribunaux français si l'instance était personnelle et mobilière ou si, étant immobilière, elle ne comportait pas un intérêt supérieur à 2000 francs de capital ou 200 francs de revenu ; au-dessus de ce taux, l'appel devait être porté à la Cour d'Alger.

Lorsque les usages musulmans ne prescrivaient pas de mode d'exécution pour un jugement, il fallait avoir recours à la loi française (art. 25).

1. Méner. II. 138.

2. Méner. III. 499.

L'article 40 permet aux cadis de faire fonctions de notaires et de liquider et partager, sous la surveillance de l'administration des domaines, les successions musulmanes auxquelles seraient intéressés des absents.

Actuellement encore, les localités de la région saharienne, soumises au régime militaire, continuent à être régies par les dispositions des décrets des 31 décembre 1859 et 13 décembre 1866.

Un autre décret leur est également applicable. C'est celui du 8 janvier 1870 (1) qui a eu pour objet d'étendre aux indigènes du Sahara l'application des principes contenus dans les décrets de 1859 et de 1866, sauf quelques modifications, notamment au point de vue de l'appel, commandées par leur grand éloignement des tribunaux français.

En Kabylie, où un grand nombre de préceptes de droit romain sont restés en vigueur, on a pu faire progresser très rapidement l'organisation de la justice française. Il n'y eut plus de cadis; on transporta leurs fonctions à des juges de paix ressortissant aux tribunaux de Bougie et de Tizi-Ouzou. Ces juges purent connaître de toutes les contestations, même de celles relatives aux questions religieuses ou d'état, ainsi que de toutes les actions personnelles ou mobilières, civiles et commerciales, et des actions immobilières jusqu'à 60 francs de revenu.

La seule concession faite aux indigènes fut l'assis-

1. Méner. III. 211.

tance d'un assesseur arabe ou kabyle, suivant la qualité des parties, aux procès intéressant les musulmans.

Au-delà de 60 francs de revenu, les affaires durent être portées aux tribunaux de Bougie et de Tizi-Ouzou qui jugeaient également les appels de justice de paix.

Les appels de ces tribunaux furent déférés à la Cour d'Alger.

Pour multiplier la justice française au milieu des indigènes, et pour la rendre accessible à tous, seul moyen de la faire connaître et désirer, le décret du 10 août 1875 (1) prescrivit à certains juges de paix de se déplacer à époques fixes et d'aller tenir leurs audiences dans des localités désignées d'avance (art. 8 à 15).

Le 11 novembre 1875 (2) parut un décret qui vint supprimer le Conseil supérieur de droit musulman créé par l'art. 24 du décret du 13 décembre 1866. La juridiction supérieure en Algérie appartient exclusivement aujourd'hui à l'autorité judiciaire française.

Telle a été jusqu'au 10 septembre 1886 la succession des actes législatifs au moyen desquels se sont opérées les conquêtes progressives de la juridiction française sur la juridiction indigène.

L'exposé des dispositions principales du dernier document relatif à cette matière, nous fera connaître l'état actuel de l'organisation judiciaire en Algérie.

1. Hugues et Lapra p. 293.

2. Hugues et Lapra p. 311.

Ce décret de 1886 (1) régit toute la région tellienne, moins les ressorts de Tizi-Ouzou et de Bougie (Kabylie) qui demeurent soumis aux dispositions du décret de 1874. Quant aux localités de la région saharienne qui sont situées en territoire de commandement, elles continuent à être régies par les décrets de 1866 et de janvier 1870 dont nous avons parlé plus haut. Celles qui, au contraire, sont soumises au régime civil reçoivent l'application du décret de 1886.

Il résulte du décret de septembre 1886 que la justice musulmane qui en 1830 était encore souveraine au civil et au criminel, n'a plus le droit de statuer qu'au civil et seulement dans quelques cas limitativement énumérés.

La compétence des tribunaux musulmans est presque annihilée par les deux principes suivants qui renferment tout l'esprit du décret.

Par opposition au décret du 13 décembre 1866, le législateur décide : 1° Que sauf pour les matières expressément réservées, les indigènes sont soumis à la loi française, par suite à la juridiction française ; au contraire, en 1866 il avait reconnu la loi musulmane applicable dans toutes les contestations entre musulmans, sauf convention contraire ; 2° que le cadi n'est plus le juge de droit commun, si ce n'est dans les matières expressément réservées, sauf pour les parties le droit de préférer, même en

1. Rev. Alg. 86. III. 184.

ces matières, la justice française. Au contraire, d'après le décret de 1866, la juridiction indigène était compétente dans toutes les contestations entre indigènes.

En conséquence, le décret de 1886 donne le juge de paix français pour juge de droit commun à tous les musulmans résidant sur les territoires soumis à l'application du décret, quelle que soit leur origine, qu'ils soient indigènes ou étrangers, autorisés ou non à fixer leur domicile, peu importe ; et ce juge de paix est compétent pour connaître de toutes les actions civiles et commerciales, mobilières et immobilières, sauf les rares exceptions formellement écrites dans le décret.

Lorsque dans un procès il n'y a que des musulmans en cause, le juge de paix est obligé de tenir compte des usages et des coutumes indigènes. Notamment il doit admettre la preuve testimoniale, même au delà de 150 francs.

Les questions réservées à la juridiction des cadis sont celles relatives au statut personnel et aux successions. En principe, donc, elles échappent à la compétence du juge de paix. Toutefois, le juge de paix statuerait valablement en ces matières si les parties le saisissaient, d'un commun accord, de leur contestation.

Toute sentence émanée d'un juge musulman peut être frappée d'appel devant les tribunaux français.

Les cadis connaissent en dernier ressort, seule-

ment des questions qui s'élèvent à propos de successions dont la valeur est inférieure à 500 francs.

Ils jugent en premier ressort les litiges relatifs au statut personnel ou à des successions d'une valeur supérieure à 500 francs.

Les questions de statut personnel dont les cadis peuvent avoir à connaître sont celles qui ont été énumérées dans l'art. 24 du décret de 1866 : mariage, divorce, répudiation, séparation, filiation, puissance paternelle, adoption, tutelle...

Les questions de succession qui leur ont été réservées comprennent celles relatives aux donations à cause de mort, aux testaments, à la capacité de succéder.

En ce qui concerne la procédure suivie devant les juges musulmans, le décret contient une innovation. D'après un ancien usage, les cadis faisaient supporter tous les frais de l'instance par la partie qui avait gain de cause. Dorénavant les cadis devront condamner aux dépens la partie qui succombera.

Le décret de 1886 a supprimé les midjelès dans toute l'étendue de la région tellienne. Les midjelès qui fonctionnaient depuis un temps immémorial chez les Arabes étaient saisis par les plaideurs à titre de consultation sur la solution donnée à leur procès. Aujourd'hui le décret n'autorise contre les décisions des cadis d'autre voie de recours que l'appel devant les tribunaux français.

Telle est la situation actuelle de la justice en Algérie. Cette situation est le résultat de conquêtes progressives et lentement réalisées sur la juridiction musulmane.

Doctrines et jurisprudence.

Nous venons de voir que les tribunaux rabbiniques n'existent plus en Algérie, que le Midjelès a disparu et que le cadi n'a conservé son autorité judiciaire qu'entre musulmans exclusivement et seulement dans les questions d'état ou de succession.

Entre personnes de statut différent, c'est l'autorité judiciaire française qui doit statuer dans les formes de la procédure française.

Signalons tout de suite une application particulière de cette dernière règle.

Les dispositions du Code de commerce relatives à la faillite s'appliquent en Algérie aussi bien qu'en France à toute personne faisant du négoce quelles que soient sa qualité, sa nationalité ou sa religion.

Il y a en effet à cela un intérêt général, l'ordre public et la sécurité du commerce en dépendent. En conséquence, un commerçant indigène musulman, dont la faillite a été prononcée, est dessaisi de ses droits. Toute action mobilière ou immobilière, toutes voies d'exécution ne peuvent être suivies que contre le syndic qui doit être appelé en cause aux lieux et place du failli.

Dès lors, le tribunal musulman est incompétent pour connaître des contestations entre musulmans dont l'un est en état de faillite. Ce dernier cesse en effet d'être justiciable de la juridiction musulmane (Arrêt Ch. des app. Musulmans, Robe, 1881, p. 65, et 1882, p. 368).

Entre personnes de religion différente, la juridiction française est seule compétente.

Cette règle s'appliquait fréquemment autrefois avant la naturalisation des israélites. Aujourd'hui, voici dans quelles circonstances elle peut encore être invoquée. Supposons qu'une Française épouse un indigène musulman non naturalisé. Il est de principe que la femme suit la condition de son mari. Donc, cette Française doit, après son mariage, être considérée comme indigène et son union est régie par la loi musulmane.

Quelle juridiction connaîtra des difficultés qui s'élèveront entre elle et son mari ?

La juridiction française, car en épousant l'indigène, la femme n'a pas embrassé, par là même, la religion musulmane, elle est restée chrétienne, or, les tribunaux français seuls sont compétents entre chrétiens et musulmans.

Les immeubles en Algérie sont attributifs de compétence au profit de la juridiction française lorsque leur origine de propriété se trouve dans un titre français.

Tout litige dont ils sont l'objet est de la compé-

tence des tribunaux français alors même qu'ils s'élèverait entre Musulmans exclusivement. (Arrêt Ch. Mus., Robe, 1878, p. 349).

Le titre français peut être indifféremment : Administratif : (Robe, 1878, p. 240, arrêt d'Alger). Judiciaire : (Robe, 1878, p. 324, arrêt Ch. des app. Mus.). Notarié : (Robe, 1881, p. 278, arrêt d'Alger).

Dans chacun de ces cas, les tribunaux français sont seuls compétents pour statuer sur une action relative au droit de propriété de l'immeuble.

En matière de succession, nous avons quelques observations à présenter au point de vue de la compétence.

On sait que le législateur français a toujours réservé avec grand soin la compétence du cadi pour toutes les questions successorales.

Cela ne fait aucune difficulté lorsque tout se passe entre musulmans, mais que faut-il décider lorsque parmi les intéressés se rencontre un Européen ? N'est-ce pas une règle fondamentale de la législation algérienne que les cadis ne peuvent en aucune façon prêter leur ministère lorsque l'une des parties intéressées à la question litigieuse n'est pas musulmane ?

Quelle a été à cet égard la conduite de la jurisprudence ?

Elle a commencé par donner tort à l'Européen et s'est déclarée incompétente en matière successorale, alors même que tous les intéressés n'étaient pas in-

digènes musulmans, et cela, au mépris des termes de toutes les ordonnances et de tous les décrets : art. 33, ord. 26 sept. 1842 ; art. 1^{er} et 44, décret 31 déc. 1859 ; art. 1^{er}, décret 13 déc. 1866.

Voir l'arrêt du 5 avril 1876 très vivement critiqué par M. Robe. (Robe, 1876, p. 66 en note) et par M. Eyssautier. (*Revue Alg.*, 1887, I, p. 158, n^o 63).

Dans le même sens : Robe, 1876, p. 126, où il est dit qu'un créancier européen d'un héritier ne peut intervenir dans une succession musulmane pour changer la compétence du cadi.

Mais la jurisprudence algérienne n'a pas persisté dans cette voie, elle est revenue actuellement à une plus exacte interprétation des textes. Elle reconnaît que les tribunaux français sont seuls compétents pour connaître d'un litige entre musulmans lorsque un européen y intervient en son nom personnel pour défendre un droit propre, soit qu'il se présente comme cessionnaire de droits dans une succession musulmane, soit qu'il ne réclame qu'une créance sur cette succession.

Hypothèse d'un européen cessionnaire : Robe, 1879, p. 294, arrêt d'Alger.

Hypothèse d'un européen créancier d'un héritier musulman. Robe, 1879, p. 255, arrêt d'Alger.

Dans ces deux hypothèses la juridiction française s'est déclarée compétente.

Voici un autre point relatif à la compétence, sur

lequel la jurisprudence algérienne a longtemps varié, en matière de successions.

De l'ancienne administration des Turcs en Algérie, il existe encore aujourd'hui un vestige, le Beït-el-Mal. Sous l'empire des Turcs, le Beït-el-Mal constituait l'administration du trésor public, des finances de l'Etat. Depuis l'occupation française, le Beït-el-Mal n'est plus qu'une institution administrative chargée de tout ce qui concerne les successions musulmanes dans lesquelles l'Etat est appelé à exercer un droit à cause de la vacance ou de la déshérence de la succession.

Des règlements promulgués en 1849 et en 1850 conservèrent au Beït-el-Mal son caractère d'institution indépendante de l'administration française avec des agents et un budget spéciaux. Mais en 1851, la loi du 16 juin (art. 4) le rattacha à l'administration des domaines ; il ne put plus intervenir en son nom personnel et en vertu d'un droit propre, dans la recherche et la prise de possession des successions revenant à l'Etat. Dès lors, les agents du Beït-el-Mal ne furent plus que des délégués de l'administration française agissant sur ses ordres et sous son autorité.

Lorsque dans une succession musulmane l'Etat est intéressé, les agents du Beït-el-Mal le représentent et font valoir ses droits, quelle est alors la juridiction compétente pour connaître des difficultés relatives à la succession, le cadi ou bien le tribunal français ?

Les cadis et les chambres musulmanes ont statué sur les litiges qui leur étaient soumis toutes les fois que le service des domaines a accepté leur compétence (1) ; mais, lorsque le déclinatoire a été proposé par le Beït-el-Mal, les parties se sont vues renvoyer devant les tribunaux ordinaires français. (Arrêt C. d'Alger, Robe, 1869, p. 49 ; Sautayra, tome II, p. 193 et 194 ; Robe, 1878, p. 261, Arrêt Ch. des App. Mus.).

Mais cette distinction n'est pas rationnelle, car même avec le consentement du Beït-el-Mal les juridictions musulmanes ne devraient pas se déclarer compétentes, puisqu'il s'agit d'une incompétence *ratione materie*, l'ordre des juridictions étant lui-même en question.

D'ailleurs, pour affirmer leur compétence dans les contestations où le Beït-el-Mal est intéressé, les juridictions musulmanes se sont appuyées sur de mauvais arguments. Elles ont prétendu que les dispositions de la loi de 1851 à cet égard avaient été modifiées par les articles 40 et 41 des décrets du 31 décembre 1859 et du 13 décembre 1866. Or, l'article 40 qui parle de la liquidation et du partage des successions musulmanes, ne dit pas un mot des contestations qui peuvent s'élever à propos de la succession, ce qui importe seul en notre question. Quant à l'article 41 il renvoie aux règles ordinaires de com-

1. Sautayra et Cherbonneau, tome II, p. 192, n° 684.

pétence et de procédure qui sont les suivantes : Les cadis ne sont compétents que pour statuer entre musulmans exclusivement ; dès que, dans le litige, un européen, spécialement l'Etat français, est intéressé, les tribunaux français sont seuls compétents.

C'est ce que semble avoir compris la jurisprudence algérienne qui dans ses plus récents arrêts sur la question a décidé que toutes les causes où figurait l'agent du Beit-el-Mal, agent représentant les intérêts du domaine de l'Etat, devaient être portées devant les tribunaux français de droit commun, en tant que causes n'intéressant pas exclusivement des musulmans indigènes. (Arrêt Cour d'Alger, Robe, 1880, p. 161 ; Arrêt Ch. des App. musulmans, 1882, p. 375 ; *Revue Alg.* 1885, II, p. 112 et la note).

La dernière question que nous voulons traiter en matière de compétence, concerne les Mozabites résidant en Algérie.

Les Mozabites se sont toujours élevés avec beaucoup de vivacité contre la juridiction des cadis, soit malékites, soit hanéfites. Cela se conçoit ; les Mozabites n'ont pas la même religion que les autres indigènes musulmans de l'Algérie, la distance morale qui les sépare des autres est extrême. « Envoyer un mozabite devant le tribunal du cadi, dit M. Rinn (1), c'est exactement la même chose que si l'on envoyait un huguenot devant le tribunal d'un

1. *Rev. Alg.*, 1887, I, p. 238.

évêque catholique ; c'est une atteinte à ses convictions religieuses, c'est un acte vexatoire, un acte impolitique. »

L'administration française l'a toujours compris ainsi. La convention du 22 avril 1853 qui régularisa la situation des Mozabites vis-à-vis de la France, les arrêtés du 26 novembre 1866 et du 28 décembre 1882 (ce dernier, rendu lors de l'annexion définitive du Mزاب), enfin le décret du 27 janvier 1883 réglant l'organisation judiciaire au Mزاب, ont successivement garanti aux Mozabites le respect de leur loi religieuse, la loi ibadite, et l'exclusion des cadis malékites ou hanéfites de tout litige intéressant un musulman du Mزاب.

Conformément à ces promesses et aux vœux maintes fois exprimés des Mozabites (2) la chambre des appels musulmans rendit le 7 mai 1884 un arrêt décidant que les Mozabites domiciliés en Algérie devaient être traités comme des européens étrangers, et, par suite, être justiciables des tribunaux français tout en conservant leur statut personnel ; que dans les litiges entre Mozabites exclusivement, les tribunaux français tiendraient compte des coutumes en usage au Mزاب, et qu'entre Mozabites et Européens ils statueraient suivant les règles du droit français (arrêt ch. des appels musulmans, Robe, 1884, p. 294),

2. *Rev. Alg.* 1887, I, p. 240 et suiv.

Cette jurisprudence excellente satisfaisait à la fois les Mozabites désireux d'échapper aux Cadis et les Français toujours soucieux de voir s'accroître l'importance de leurs juridictions. Seuls, les Cadis voyaient avec regret leur échapper l'occasion de réaliser de temps en temps de gros honoraires.

La Cour d'Alger et le tribunal de Blida ont eu le tort d'adopter dans deux récentes espèces une doctrine absolument opposée à celle que nous venons d'approuver. (1)

La nouvelle doctrine s'appuie sur ce que, par le fait de leur annexion, les Mozabites auraient été soumis aux mêmes juridictions que les autres indigènes musulmans d'Algérie, aucun acte législatif, aucun décret n'étant intervenu pour créer en leur faveur un régime d'exception, et par conséquent elle soumet les Mozabites du rite ibadite à la juridiction du cadi de rite différent (Robe 1885 p. 83 note).

Mais n'avons-nous pas promis à tous les indigènes de ne les vexer en aucune manière dans leurs croyances religieuses ? Or, la jurisprudence qui tend à s'établir maintenant traite les Mozabites comme des hanéfites ou des malékites en les obligeant à accepter les sentences de cadis qui sont en même temps que magistrats, les prêtres d'une religion ennemie de la leur.

1. (Revue Alg. 1883, II, p. 107 — 1887, II, 400). Voir aussi — arrêt d'Alger, Robe, 1884 p. 226, arrêt ch. des App. Mus. Robe, 1885, p. 83.

L'annexion du Mزاب a simplement fait des Mozabites des sujets français, elle est impuissante à nuire en quoi que ce soit à leur religion.

La nouvelle jurisprudence a soulevé les plaintes et les protestations des Mozabites, population paisible et laborieuse qu'il est de notre intérêt de rapprocher de nous et de nous assimiler autant que possible.

Aussi, à la suite du dernier jugement rendu, en la matière, le chef du parquet d'Alger a adressé au gouverneur général un rapport concluant à ce qu'un acte législatif intervînt à bref délai pour fixer la jurisprudence dans le sens de l'arrêt du 7 mai 1884.

Dans sa séance du 9 septembre 1887, le Conseil de gouvernement a adopté les conclusions d'un rapport de M. L. Rinn, conseiller de gouvernement, tendant à modifier le texte du décret de 1886, non pour créer au profit des Mozabites un régime exceptionnel et privilégié, mais pour leur donner les satisfactions qu'ils réclament et qui ne sont en somme, avec la liberté de conscience, que l'application de la règle générale édictée pour tous les indigènes algériens non citoyens : le respect du statut personnel religieux, et, lorsque ce statut n'est plus en question, la substitution de la loi française à la loi indigène partout où éclate la rivalité des intérêts indigènes et des intérêts français.

C'est ainsi que, malgré certaines erreurs de la

jurisprudence, le plus souvent avec son concours éclairé, tout se ramène à un progrès lent mais continu de l'assimilation algérienne qui est le but suprême auquel doivent tendre tous nos efforts,

CHAPITRE II

DU DROIT D'OPTION

Nous avons terminé l'exposé des triomphes successifs de la législation territoriale française, nous allons montrer maintenant que les indigènes ont la liberté de se rallier volontairement à cette législation, en abandonnant leur législation personnelle, soit pour un temps, soit pour toujours. Pour un temps, en usant du droit d'option ; pour toujours, en recourant à la naturalisation.

L'option au moyen de laquelle les indigènes ont pu dès la conquête et peuvent encore aujourd'hui se rapprocher des institutions juridiques et des lois de la métropole, peut s'appliquer à un double objet.

Au lieu de s'adresser à leurs magistrats naturels, les indigènes peuvent soumettre leurs contestations aux tribunaux français. Dans ce cas, ils optent pour la juridiction française.

Au lieu de contracter sous l'empire de leur législation personnelle et de s'en remettre à elle pour l'exécution du contrat, les indigènes peuvent se

ranger sous l'autorité des lois françaises, en déclarant, dans leur convention, qu'ils s'en rapportent aux lois de la métropole pour tout ce qui touche à cette convention.

Dans ce cas ils optent pour la législation française. De là, deux sections dans notre chapitre second.

1^o Option de juridiction ;

2^o Option de législation.

SECTION I. — *Option de juridiction.*

Législation. — La première ordonnance portant organisation du service judiciaire en Algérie, ouvrit aux indigènes le droit d'opter en faveur de la juridiction française, dans le cas où la bienveillance du vainqueur leur permettait de se rendre auprès de leurs magistrats accoutumés.

L'art. 27 de l'ordonnance du 10 août 1834 (1) était ainsi conçu : « Les tribunaux français connaissent de toutes les affaires civiles et commerciales entre Français, entre Français et indigènes ou étrangers, entre indigènes de religion différente, entre indigènes et étrangers, entre étrangers, *enfin entre indigènes de la même religion quand ils y consentent.* »

La ligne de démarcation établie entre la juridiction française et la législation indigène laissait dans

1. Méner. I. 386.

le domaine de cette dernière les procès intéressant des indigènes de même religion. La loi territoriale n'ayant aucune prise sur la contestation de plaideurs exclusivement musulmans, la loi musulmane devait être appliquée par un juge habitué à l'interpréter. De là, l'incompétence des tribunaux français.

Toutefois, si les indigènes, frappés de l'intégrité et de la science juridique des magistrats français, éprouvaient le besoin de s'en remettre à leur décision, il fallait accueillir ce sentiment sympathique des sujets de la France, et même le favoriser dans un but de rapprochement et d'assimilation. De là, la disposition de l'article 27 de l'ordonnance.

Cette disposition, l'ordonnance de 1842 ne la reproduisit pas. Fallait-il alors considérer le droit d'option comme retiré aux indigènes ? La jurisprudence ne le pensa pas, elle continua d'admettre les indigènes qui, d'un commun accord, lui présentaient leurs contestations à résoudre.

L'article 28 du décret rendu le 1^{er} octobre 1854 (1) lui donna raison, en déclarant que les musulmans pourraient porter leurs litiges devant le tribunal français du domicile du défendeur.

Dès lors, le droit d'option fut renouvelé dans les principaux actes législatifs traitant de la compétence des tribunaux algériens.

1. Méner. II. 126.

L'art. 2 du décret du 31 décembre 1859(1); l'art. 2 du décret du 13 décembre 1866 (2); l'art. 2 du décret du 8 janvier 1870 (pour les musulmans de la région extra-tellienne), reproduisirent la disposition grâce à laquelle les plaideurs musulmans peuvent saisir de leurs contestations les magistrats français.

Enfin tout récemment, l'article 7 du décret de 1886 permit aux indigènes de s'adresser à la justice française, même pour les questions dont la connaissance était expressément réservée aux cadis : « Les contestations relatives au statut personnel et aux successions sont portées devant le cadi. — Toutefois, les parties peuvent *d'un commun accord* en saisir le juge de paix. L'accord est réputé établi et le défendeur ne peut plus demander son renvoi devant une autre juridiction lorsqu'il a soit fourni ses défenses, soit demandé un délai pour les produire, soit laissé prendre jugement contre lui. »

— Quels sont les effets de l'option de juridiction ?

Il ne faudrait pas croire que les musulmans, devenus volontairement justiciables des tribunaux français, sont par là même soumis à l'application de la loi française. L'option de législation ne se concevrait plus.

Le juge français, saisi d'une contestation intéressant exclusivement des musulmans, et portant sur

1. Méner. I. 413.

2. Méner. III. 201.

une matière régie par la loi musulmane, devra faire une application scrupuleuse de cette loi. En s'adressant à lui pour obtenir justice, les parties ont entendu seulement acquérir la garantie de son intégrité et de son savoir, tout en conservant le bénéfice de leur loi personnelle.

D'ailleurs, les effets de l'option de juridiction et les faits d'où elle peut être déduite ont fait l'objet de dispositions législatives.

L'article 28 du décret de 1854 déclarait que si des indigènes portaient d'un commun accord leur contestation devant un tribunal français, celui-ci devrait statuer selon les règles de compétence et les formes de la loi française, mais il ne disait en aucune façon que la loi applicable à la contestation elle-même serait changée par suite de l'option.

L'article ajoutait : « L'option doit avoir lieu avant que la juridiction musulmane n'ait été saisie ; une fois consentie, elle oblige et lie les parties jusqu'à la fin du litige. — Le consentement des parties résulte de la comparution volontaire devant le tribunal français, et de l'acte que le juge saisi doit donner du consentement des parties à procéder devant lui. »

La jurisprudence algérienne a toujours appliqué le principe d'après lequel le différend soumis par deux musulmans à un tribunal français, sans déclaration des parties qu'elles veulent être régies par la loi française, doit être tranché selon la loi musulmane. (Voir notamment Alger 1^{re} chambre, 4 décembre 1865).

Les effets de l'option de juridiction ont été énoncés très exactement dans l'article 2 du décret du 13 décembre 1866 : Lorsque des musulmans « portent d'un commun accord leur contestation devant la justice française, il est alors statué (au fond) *d'après les principes du droit musulman*. La juridiction du juge de paix est substituée à celle du cadi et lui est assimilée pour le taux du premier et du dernier ressort. La procédure est celle de la loi française, sauf pour l'appel (où l'on doit suivre une procédure simplifiée). L'exécution de la sentence a lieu dans la forme musulmane par les soins d'un cadi.

Remarquons qu'au cas où les indigènes musulmans optent pour la juridiction française, ce n'est pas le tribunal civil qui est juge du premier degré, c'est le juge de paix.

Doctrines et jurisprudence.

De quels actes peut-on induire que deux musulmans entendent abandonner leur juridiction naturelle, la juridiction musulmane, pour s'en remettre à la décision de l'autorité judiciaire française ?

1° De la comparution des musulmans devant un officier public français pour faire recevoir leur convention. Ils se soumettent en effet de cette façon au droit français pour le fond et pour la forme de leur convention, dès lors, la juridiction française est seule compétente pour examiner les difficultés relatives à cette convention.

C'est ainsi qu'il a été jugé qu'une obligation avec affectation hypothécaire contractée, par des musulmans, devant un notaire français, implique l'acceptation de la juridiction française pour les actes et difficultés relatifs à son exécution. (Arrêt d'Alger 7 mars 1861, Robe 1861 p. 103).

Lorsque des musulmans ont eu recours à un notaire français, quelle sera la juridiction compétente en cas de différend ?

En matière mobilière, ce sera le juge de paix. En matière immobilière, l'immeuble objet du contrat ayant été rendu français par le titre notarié, les tribunaux ordinaires français seront seuls compétents pour connaître des actions relatives à l'immeuble.

2° De la comparution du demandeur et du défendeur musulmans, agissant d'un commun accord, devant le tribunal français compétent, dans les conditions et suivant les formes déterminées par la législation algérienne. (Art. 2, décret du 13 décembre 1866 ; art. 7, décret du 10 septembre 1886). Voir : arrêt d'Alger, 12 janvier 1876, Robe, 1876, p. 24 ; Arrêt Ch. des app. Mus., 9 janvier 1884, Robe, 1885, p. 83 ; Rev. Alg. 1885, II, p. 107.

Quelle est la législation applicable par l'autorité française au différend de musulmans qui se sont présentés à elle sans déclarer qu'ils voulaient être jugés d'après la loi française ? C'est bien évidemment le droit musulman. (Arrêt d'Alger, 4 décembre 1865, Robe, 1865, p. 181, § I).

Lorsque des indigènes musulmans conviennent de porter un litige de nature musulmane devant la juridiction française à qui doivent-ils s'adresser ?

Au juge de paix qui est le juge de droit commun des musulmans. (Art. 2, décret 1866 ; art. 7, décret 1886).

Le tribunal civil serait incompétent. Cette incompétence tenant à l'ordre même des juridictions *estratiæ*, donc la Cour, sur l'appel, peut la relever d'office. (Voir arrêt d'Alger, 6 janvier 1877, Robe, 1877, p. 113, et arrêt d'Alger, 24 nov. 1877, Robe, 1878, p. 246).

SECTION II. — *Option de législation.*

Législation. — En même temps qu'elle autorisait les indigènes à choisir la juridiction devant laquelle ils voulaient porter leurs contestations, l'ordonnance du 10 août 1834(1) leur permit de déclarer sous quelle législation ils entendaient se placer au moment de leurs contrats.

L'art. 34 disposait en effet : « Les indigènes sont présumés avoir contracté entre eux selon la loi du pays, à moins qu'il n'y ait convention contraire. » En principe, la loi applicable au contrat conclu entre deux musulmans est la loi musulmane. Mais les parties ont la faculté d'insérer dans l'acte qui les lie une clause aux termes de laquelle ils renoncent à

1. Mèner. I. 386.

être régis par la loi indigène et font leur soumission à la loi territoriale.

L'article 31 de l'ordonnance de 1834 fut reproduit littéralement par l'article 37 de l'ordonnance du 26 septembre 1842 (1).

Nous avons observé que cette dernière ne contenait pas le principe de l'option de juridiction. Evidemment, ce fut là un oubli, car l'option de législation étant ouverte dans l'article 37 aux indigènes, l'option de juridiction qui en est l'accessoire et la conséquence ne pouvait pas leur être refusée.

Le décret du 31 décembre 1859 (2) n'offrit pas seulement aux musulmans, dans son article 1^{er}, le droit d'option tel que nous venons de l'exposer, il en détermina les effets de la manière suivante : « La loi musulmane régit toutes les conventions et toutes les contestations civiles et commerciales entre indigènes musulmans, ainsi que les questions d'état. Toutefois la déclaration faite dans un acte par les musulmans qu'ils entendent contracter sous l'empire de la loi française, *entraîne l'application de cette loi et la compétence des tribunaux français.* »

Cet article fut copié littéralement dans le décret du 13 décembre 1866 (art. 1^{er}) (3).

On voit que l'option de législation entraîne un double effet : 1^o elle soumet les parties à l'applica-

1. Méner. I. 393.

2. Méner. I. 412.

3. Méner. III. 201.

tion de la législation territoriale puis qu'elle est préférée à celle de la législation indigène ; 2° elle rend les parties justiciables des magistrats français qui seuls ont le pouvoir d'interpréter et d'appliquer les lois françaises.

En d'autres termes, l'option de législation implique et renferme en elle-même une option de juridiction. Le contraire ne saurait avoir lieu.

Le décret du 29 août 1874 (1) fit l'application des mêmes principes aux indigènes de la Kabylie.

L'article 2 du décret est ainsi conçu : « Le droit musulman ou kabyle continue à régir les conventions civiles ou commerciales entre indigènes, arabes ou kabyles, ou musulmans étrangers, ainsi que les questions religieuses et d'état, sauf les modifications qui ont pu ou pourront y être apportées. Toutefois, la déclaration faite par les parties, lors de la convention ou depuis, qu'elles entendent se soumettre à la loi française, entraîne l'application de cette loi. »

L'article suivant étend cette règle à toute convention conclue soit en matière réelle, soit en matière personnelle et mobilière : « Entre indigènes arabes ou kabyles, ou musulmans étrangers soumis à des lois différentes quant à l'objet de la convention ou de la contestation... si les parties ont indiqué, lors du contrat, à quelle loi elles entendaient se soumettre, cette loi sera appliquée. »

1. Hugues et Lapra, p. 296.

Enfin, le décret du 10 septembre 1886 (1) a ouvert l'accès de la législation française aux indigènes musulmans, en leur permettant de se soustraire à l'autorité de leurs lois personnelles au moyen d'une renonciation temporaire expresse ou tacite.

Expresse : art. 3 du décret : « dans les matières énoncées à l'article 1^{er} du décret et qui continuent à être régies par les lois musulmanes, les musulmans peuvent renoncer *par une déclaration expresse* à l'application de leurs droit et coutumes pour se soumettre à la législation française. Cette déclaration sera insérée, soit dans la convention originaire, soit dans une convention spéciale.

Tacite. La renonciation résulte aussi, à moins de déclaration contraire, de la réception de la convention originaire par un officier public français. »

Nous avons dit que l'applicabilité de la loi française résultant d'une renonciation partielle et temporaire au statut musulman, entraîne avec elle la compétence de la juridiction française. En effet, un juge musulman n'aurait aucune autorité pour faire application d'une loi à laquelle il est resté étranger. C'est ce que l'article 6 du décret de 1886 a très nettement exprimé.

« Dans tous les cas où la loi française est applicable, les musulmans sont justiciables de la juridiction française. »

La proposition inverse, nous l'avons expliqué, serait tout à fait inexacte.

1. *Rev. Alg.* 86. III. 184.

Doctrine et jurisprudence

Qui peut opter, c'est-à-dire abandonner sa législation personnelle pour se ranger sous l'empire de la loi française ?

Il est certain que les musulmans ont toujours eu ce droit (art. 31 ordonnance 1834 ; art. 37 ordonnance 1842 ; art. 1^{er} décret de 1859 ; art. 1^{er} décret 1866 ; art. 2 décret 1874 ; art. 3 décret de 1886).

Devant des textes aussi formels, la jurisprudence n'a pu que s'incliner ; aucune difficulté ne s'est élevée. Mais il n'en a pas été de même pour les israélites.

Comme le musulman, l'israélite indigène devint français par la conquête ; il était donc apte à jouir du bénéfice des lois françaises, il en eût même été saisi *ipso facto* par le seul fait de l'annexion à la France, si, par une faveur spéciale, la capitulation ne lui avait réservé comme au musulman ses coutumes et sa loi.

Donc, pour tout indigène, la conservation de son statut personnel revêt un caractère de faveur, de faculté, d'où découle le droit d'y renoncer, le droit de sortir d'une situation d'exception, nullement imposée mais offerte comme une gracieuseté, pour rentrer dans la loi générale ; en un mot le droit d'option pour la loi française.

C'est ce qu'exprimait l'article 37 de l'ordonnance du 26 septembre 1842.

Mais voici que l'article 16 de la loi du 16 juin 1851 respectant comme par le passé le statut complet des musulmans, enlève aux israélites leur ancien statut réel, leur impose le statut réel français, et ne leur laisse que le statut personnel mosaïque.

Comment furent interprétées ces nouvelles dispositions du législateur à l'égard des israélites ?

Deux opinions se trouvèrent en présence.

L'une, permettant aux israélites de dépouiller leur statut personnel pour se soumettre au statut français, l'autre, décidant que le législateur français, en n'enlevant aux israélites que leur statut réel, avait voulu leur imposer la conservation de leur statut personnel. En un mot, l'une proclamant le droit d'option des israélites, l'autre le niant absolument.

Le système de l'option fut défendu par toute la doctrine (1) et pratiqué par le tribunal d'Alger auquel la Cour de cassation donna ouvertement raison : le système du statut personnel obligatoire pour les israélites fut l'œuvre de la Cour d'Alger.

Cette division dont le retentissement fut éclatant en Algérie, sépara ainsi la jurisprudence en deux camps jusqu'au décret du 24 octobre 1870, qui, en imposant aux israélites le statut français, aussi bien au point de vue personnel qu'au point de vue réel,

1. Note de M. V. Basset : Robe, 1869, p. 189. Dissertation du même, 1869, p. 194, p. 206 et suiv. *Du statut des Israélites*. — Robe, 1869, p. 320 et suivantes. Dissertation de M. H. Lemarchant, *Statut personnel des israélites indigènes*.

relégua notre question parmi celles d'intérêt purement historique.

En effet, la Cour d'Alger a fini, ainsi que nous allons le voir, par se ranger au système de l'option auquel la Cour de cassation avait prêté le secours de sa puissante autorité. Aujourd'hui, dans les procès où la question de savoir si le statut personnel des israélites d'Algérie était permanent et indélébile avant le décret de 1870, est soulevée, la Cour d'Alger se prononce dans le sens de la négative qu'elle repoussait jadis énergiquement.

Rapportons en quelques mots les arguments invoqués de part et d'autre quand la lutte était vive dans la jurisprudence algérienne.

C'est par une exception aux conséquences légales de l'annexion que la capitulation de 1830 a réservé aux indigènes leurs coutumes et leurs lois, disait la Cour de cassation, pourquoi les indigènes n'auraient-ils pas le droit de renoncer à cette exception en optant pour la loi française (1).

Que serait-ce donc qu'une faveur à laquelle on serait attaché, rivé malgré soi ? L'aptitude des indigènes à s'approprier le statut personnel français ne résulte pas de l'ordonnance de 1842, elle découle de leur qualité préexistante de français.

A cette doctrine, la Cour d'Alger (2) objectait

1. Cass. 15 avril 1862, Robe, 1869, p. 195, *Op. précit.*

2. Conclusions de M. Robinet de Cléry, avocat général, Robe, 1869, p. 164 et suivantes.

l'instabilité que créerait la faculté réservée à l'indigène de renoncer à son statut et d'opter pour la loi française. Selon elle, l'ordonnance de 1842 ne s'appliquait qu'aux contrats ordinaires, aux contrats du statut réel; elle devait rester étrangère aux actes du statut personnel, celui-ci étant indélébile (1).

L'option aurait pour résultat de créer au sein des familles des catégories différentes de régimes et de personnalités civiles.

Comme si le droit de naturalisation ne produisait pas les mêmes conséquences, lorsque certains membres d'une famille se font naturaliser tandis que d'autres préfèrent garder leur condition d'israélites indigènes !

Pour la Cour d'Alger (2), l'israélite algérien se trouvait dans la situation d'un étranger dont le statut personnel reste attaché à la nationalité et le suit partout tant qu'il la conserve.

Le sénatus-consulte du 14 juillet 1865 donna de nouveaux arguments aux deux partis en présence.

Il qualifiait les israélites de français, pouvait-on dès lors les traiter au point de vue du statut personnel comme des étrangers ?

Mais, disait-on, il confirme l'abrogation du statut réel pour les israélites indigènes, déjà proclamée par la loi de 1851; donc il fixe leur statut personnel d'une façon indélébile, et ceux-ci n'en peuvent sor-

1. Robe, 1869, p. 172, 173 et suiv. *Op. précit.*

2. Robe, 1869, p. 174, *Op. précit.*

tir désormais que par la naturalisation (1). Oui, répondait-on, le sénatus-consulte ne fait que reconnaître et maintenir la situation préexistante, c'est-à-dire que, naturalisé, l'israélite devient citoyen français, acquiert la jouissance de tous les droits civils et politiques attachés à cette qualité, mais que, sans la naturalisation, il peut comme auparavant, gagner par une simple option et en sa qualité de français, le bénéfice des lois civiles françaises.

Aux yeux du tribunal d'Alger, soutenu en cela par la Cour de cassation, substituer à la faveur de conserver sa loi ou d'y renoncer par l'option, l'injonction et l'obligation de s'y soumettre comme à un droit imposé, sans pouvoir y échapper, sinon par une nouvelle intervention, une nouvelle faveur du souverain, la naturalisation, c'était modifier la capitulation même, le grand acte politique de l'Algérie, devenu la loi de tous. Or cette modification si considérable n'était nulle part exprimée dans le sénatus-consulte de 1863. (Robe 1869, p. 213, Dissertation précitée de M. V. Basset).

Si nous feuilletons les annales de la jurisprudence algérienne sur la question qui nous occupe, nous remarquons que le plus grand nombre des décisions intervenues est favorable au droit d'option des israélites avant 1870.

Tandis que la Cour d'Alger affirmait dans deux arrêts rapprochés sa doctrine, aux termes de la-

1. Robe, 1869, p. 178 et 179.

quelle les israélites indigènes ne pouvaient par leur seule volonté se soustraire à l'empire de leur statut personnel, mais étaient obligés pour y parvenir de recourir à la naturalisation (cour d'Alger, 1^{er} juin 1869 et 26 juillet 1869. Robe, 1869, p. 160 et 162), le tribunal proclamait que le statut personnel des indigènes n'a pas un caractère indélébile et qu'il leur est facultatif d'y renoncer pour se soumettre à la loi française (1).

La Cour de cassation, confirmant ce système, reconnaissait la faculté d'option sans aucune distinction entre les questions d'état et les contrats ordinaires (Cass. arrêt du 29 mai 1865. Robe, 1869, p. 115 en note). Elle déclarait que l'option avait pu se produire de tout temps, aussi bien avant qu'après le sénatus-consulte de 1865, et dépassant même la doctrine du tribunal d'Alger, elle admettait l'option tacite, l'option implicite, résultant de la part de l'indigène, de l'absence de réserves, de la non-revendication de la loi mosaïque dans une instance où cette loi se trouvait en opposition avec la loi française. (Robe, 1869, p. 189. Cour de cass. ch. des req. 16 juin 1869).

Nul doute que la Cour de cassation ne voulût ainsi concourir au but civilisateur de la conquête, en répudiant le système absolu qui en dehors de la naturalisation voulait river l'indigène à ses coutumes vieilles et le retenir malgré lui dans les liens d'un

1. Trib. civ. d'Alger, 22 février 1869. Robe 1869, p. 114.

statut auquel il renonçait de lui-même en demandant l'application de la loi française (1).

La cour d'Alger, comme nous l'avons dit, a fini par se rendre au système de l'option facultative. Une dernière fois, le 22 juin 1870, elle décida que les israélites indigènes ne pouvaient renoncer à la loi religieuse de leur état civil (Robe, 1870, p. 111, § 3), puis, aussitôt la naturalisation des juifs arrivée, elle abandonna cette jurisprudence et reconnut que, si en principe la loi mosaïque sur l'état civil et la capacité des personnes régissait les israélites, ils pouvaient à leur gré opter en faveur de la loi française. (C. d'Alger, arrêt du 21 oct. 1870 ; arrêt du 21 mars 1871 ; arrêt du 7 nov. 1875. Robe, 1870, p. 190 ; 1871, p. 34 ; 1875, p. 285).

C'est cette doctrine qu'elle applique aujourd'hui aux procès dans lesquels la question de l'option doit avoir quelque influence. (Robe, 1886, p. 73. Alger, arrêt du 29 déc. 1885).

De quels faits résulte l'option de législation ? — C'est là une question d'intention qu'il appartient aux juges d'apprécier souverainement. Il résulte de la jurisprudence antérieure au décret du 10 septembre 1886, qu'il fallait une déclaration expresse des indigènes contractant entre eux pour que la loi française fût applicable à leurs conventions.

Un acte notarié ne suffisait pas pour faire ad-

1. Voir Conclusions de M. le procureur général Barbier devant la Cour de cassation. Robe 1883, p. 325 et suiv.

mettre que les contractants musulmans avaient voulu adopter la loi française, car les actes entre musulmans pouvaient être, aux termes du décret de 1859, reçus par un notaire comme par un cadi. (*Bull. jud.* 1881, p. 239).

Actuellement, aux termes de l'article 3 du décret de 1886, la soumission au droit français résulte, à moins de déclaration contraire, de la réception de la convention par un officier français.

L'enregistrement de la convention ne suffirait pas, car les actes reçus par les cadis sont soumis à l'enregistrement.

La loi française pourrait-elle être invoquée par des musulmans à propos d'un contrat immobilier transcrit ? Oui, si les contractants ont dans leur contrat adopté la loi française, mais la transcription toute seule pourrait paraître insuffisante.

Il a été jugé que le fait, par un indigène musulman, d'avoir souscrit au profit d'un indigène musulman un billet à ordre, sans déclaration de soumission à la loi française, n'impliquait pas renonciation à la procédure musulmane et acceptation de la juridiction française. (Robe, 1882, p. 153. Arrêt du 28 janvier 1882).

La renonciation au droit et aux coutumes indigènes peut être insérée soit dans la convention originaires, soit dans une convention spéciale.

Une question qui a profondément divisé la jurisprudence en matière d'option de législation est la suivante :

L'option pour le statut français résulte-t-elle de la comparution des parties devant l'officier d'état civil français et de la célébration par lui de leur union ?

« Non », a dit longtemps la cour d'Alger qui, comme nous l'avons vu, était hostile au droit d'option des israélites. L'intervention de l'officier d'état civil français n'était à ses yeux qu'une mesure d'ordre et un mode de constatation plus efficace ; et en faisant constater par lui leur union, les israélites obéissaient à une pression administrative ayant pour but d'assurer d'une manière plus certaine que par le passé la preuve de l'état civil des israélites. De sorte que, dans tous les cas, l'adoption de la loi française ayant été contrainte et forcée, l'option ne pouvait être efficace à cause du vice de consentement des parties. La cour d'Alger ajoutait : L'intervention de l'officier d'état civil n'est qu'une affaire de forme ; c'est une application de la règle *locus regit actum*. L'officier français célèbre le mariage, le solennise, le constate dans les formes prescrites par les lois de la France, mais il ne crée ni les conditions d'aptitude au mariage, ni les effets du mariage. La substitution d'un statut à un autre ne dépend pas de la nationalité du fonctionnaire qui

marie. (Robe, 1882, p. 231 et suiv. Arrêt d'Alger du 17 juin 1865).

La jurisprudence de la Cour de cassation s'est au contraire toujours déclarée en faveur du système qui considère la comparution des indigènes devant l'officier d'état civil comme la manifestation de la volonté d'opter.

Elle opposait au raisonnement de la cour d'Alger l'absence certaine de loi, de décret, faisant aux israélites une obligation de se rendre devant l'officier français pour se marier. Donc, leur comparution était bien un acte spontané, nullement obligatoire; et, par suite, leur option pleinement libre et efficace. (Robe, 1883, p. 340 et 341. Conclusions de M. le procureur général Barbier). Répondant alors au dernier argument de la cour d'Alger, que nous venons de rapporter, elle disait : « L'officier d'état civil, en mariant les israélites, procède comme s'il mariait des Français, il leur donne lecture de la partie de la loi française relative aux droits et devoirs des époux, c'est après cette lecture que le consentement est donné : comment l'union ne serait-elle pas régie par la loi française ? »

Cet antagonisme d'opinions éclatait aussi dans la doctrine. (Voir, dans le sens de la cour d'Alger, Robe, 1882, p. 228, dissertation de M. Eug. Robe ; 1862, p. 189, note de M. Poivre ; dans le sens opposé, 1869, p. 326, dissertation de M. Le Marchant).

La cour d'Alger a persisté dans la doctrine con-

traire à celle adoptée par la Cour de cassation, jusque dans ces derniers temps. Il suffit de parcourir les arrêts rendus sur notre question pour s'en convaincre. — Arrêts décidant que la constatation d'un mariage israélite par l'officier d'état civil français ne peut être interprétée dans le sens d'une option en faveur de la loi française : Robe, 1859, p. 1, § 3; 1860 p. 117 — 1865 p. 85 § 2 — 1867 p. 63 § 2 — 1869, p. 162, § 5; 1875, p. 247, § 1.

Il n'est pas sans intérêt de faire remarquer que, lorsque la question se posait à propos d'étrangers, la cour décidait précisément le contraire. (Voir Robe, 1867, p. 144; 1875, p. 6, § 5).

La conséquence la plus remarquable du système adopté par la Cour d'Alger était la suivante :

Le mariage israélite, quoique célébré par l'officier d'état civil, étant régi par la loi mosaïque, la succession du mari à l'égard de la veuve devait être liquidée conformément aux principes du régime dotal mosaïque, et non sur les bases de la communauté légale française.

Ce système d'ailleurs, entraînait la Cour d'Alger à décider par analogie qu'entre indigènes israélites, la tutelle devait être organisée conformément aux dispositions du droit mosaïque, alors même que la naissance des enfants aurait été inscrite sur les registres d'état civil français, alors même que le conseil de famille aurait été composé et le subrogé-tuteur nommé selon les règles du droit français. Ces

faits ne pouvant d'après elle, modifier la condition des enfants.

Enfin, la Cour d'Alger finit par se rendre au système de la Cour de cassation et sa jurisprudence la plus récente y est conforme. (Robe, 1871, p. 34; Robe, 1871, p. 102; Robe, 1882, p. 225, § 3; 1884, p. 163; 1886, p. 73; *Revue Alg.* 1886, II, p. 178.)

Dès l'origine, le tribunal d'Alger avait soutenu l'opinion adoptée par la Cour suprême (comparer les décisions suivantes : Robe, 1861, p. 208, § 2; 1862, p. 188; 1869, p. 114, § 3; 1869, p. 279; 1876, p. 164 (cass.); 1882, p. 89 (cass.).

En matière de testament, l'option résulte-t-elle de la forme choisie par le testateur pour manifester ses dernières volontés ?

Le musulman peut préférer la forme française à la forme musulmane. Il peut tester par devant notaire. Est-ce alors la loi française qui devient applicable ? Est-ce le juge français qui devient compétent ?

Si le testateur ne dispose que de valeurs mobilières. C'est le droit et le juge musulmans qui l'emportent. (Cour d'Alger, 23 mars 1878, Ch. Musulm. *Bull. Jud.* 1881, p. 239).

Si le testateur dispose d'immeubles non soumis au droit français, même solution, bien qu'on soit tenté de dire que l'acte notarié s'appliquant aux immeubles les rend français.

Nous croyons qu'il faut encore aller plus loin et décider que le droit et le juge musulmans l'emportent.

ront encore au cas où le testament concernerait des immeubles déjà soumis à la loi française, parce que la loi de 1873 ne s'applique en aucun cas aux successions ni aux testaments entre musulmans.

Quelles conséquences entraîne l'option en faveur de la législation française ?

La Cour d'Alger pensait que l'option de législation avait pour effet de soustraire absolument l'indigène optant à l'application de son statut personnel. De là, sa résistance prolongée à admettre le droit d'option.

S'il en était ainsi, l'option n'aurait aucune raison d'être, comme faisant double emploi avec la naturalisation. Elle devrait même être interdite comme battant celle-ci en brèche à cause de son extrême simplicité de formes. Elle équivaldrait en effet à une naturalisation réalisée par la seule volonté de l'optant, sans enquête et sans intervention du gouvernement français.

Il ne peut en être ainsi. Aussi, croyons-nous beaucoup plus juridique et plus conforme à la nature du droit d'option de dire que l'exercice de ce droit entraîne l'application de la loi française exclusivement en ce qui touche le contrat ou le rapport de droit en vue duquel les parties ont fait leur soumission à cette loi.

C'est la loi française qui régit toutes les conséquences de la convention. Si la convention est rela-

tive à un immeuble, la preuve écrite, la date certaine, la transcription produiront pour l'acte dans lequel est faite l'option, tous les effets qu'y attache la loi française, à l'encontre de tout autre acte étant ou se disant antérieur.

Si l'option résulte d'un mariage contracté devant l'officier d'état civil français, le mariage tout entier sera régi par la loi française. C'est elle qui déterminera les conditions de validité du mariage, et ses effets légaux : c'est à elle qu'il faudra se référer pour tout ce qui concerne la dissolubilité ou l'indissolubilité du lien conjugal, le divorce (Arrêt d'Alger, 29 déc. 1885, Robe, 1886, p. 74), la séparation de corps, la puissance maritale, la puissance paternelle, le droit de tutelle, les obligations et le droit alimentaires, le régime des intérêts civils, l'usufruit légal, et même le régime matrimonial des époux, au cas où ceux-ci n'ont fait dresser aucun contrat, parce qu'alors il est bien évident qu'ils ont entendu soumettre leurs biens à la loi française comme ils y soumettaient leurs personnes. (*Revue Algérienne*, 1886, II, p. 182, note).

On trouvera des applications de chacune de ces conséquences dans les arrêts que nous avons indiqués comme faisant découler l'option de la célébration du mariage par l'officier d'état civil français. (Notamment : *Rev. Alg.* 86, II, 179 ; Cass. Req. Robe, 1876, p. 164 ; Cass. Ch. des Req. 5 janv. 1876, Robe 1882, p. 90 ; Cour d'Alger, 27 mars 1882, Robe, 1882, p. 225, § 3).

CHAPITRE III

NATURALISATION DES INDIGÈNES ALGÉRIENS.

Ce n'est pas seulement par une renonciation partielle et temporaire, à raison d'un acte unique, que les indigènes peuvent quitter les lois personnelles et se ranger sous l'autorité de la loi territoriale. Ils peuvent aussi renoncer d'une façon absolue et pour toujours au bénéfice de leur législation en devenant des citoyens, en montant du grade inférieur de sujets soumis au rang de vrais Français jouissant de la plénitude des droits civils et politiques.

C'est par la naturalisation seulement que cette transformation peut s'opérer.

Législation. — L'indigène musulman ne peut devenir citoyen ni par le bienfait de la loi, (art. 9 Code civil), ni par la naissance (loi de 1851). Il ne peut quitter sa condition de *sujet* qu'en obtenant la naturalisation, ce qui suppose de sa part une renonciation complète et formelle à ses lois et à ses usages tolérés par la loi française, mais contraires à cette dernière.

La naturalisation en Algérie est très favorable. Les besoins de la colonisation ont amené le législateur à se montrer très-large et très-avenant non-seulement vis à vis des indigènes algériens, mais aussi vis à vis des étrangers habitant la colonie. Bien que les conditions et la procédure soient beaucoup plus simples que dans la métropole, les effets de la naturalisation obtenue en Algérie se produisent aussi bien dans la métropole que dans la colonie. Ces effets sont, pour les indigènes dont nous nous occupons exclusivement, ceux qui résulteraient d'une double option faite en faveur de la législation et de la juridiction françaises. L'indigène naturalisé prend place sous l'empire des lois civiles et des lois politiques de la France, et, par conséquent, il cesse d'être justiciable des tribunaux musulmans.

Nous avons vu plus haut qu'un doute avait plané sur la condition des indigènes jusqu'au sénatus-consulte de 1865. On se demandait si ces individus devaient être considérés comme des étrangers ou bien comme des français d'une condition inférieure. Le sénatus-consulte vint trancher la controverse en décidant que tous les indigènes d'Algérie étaient français, non étrangers. (1)

« L'indigène musulman est français, disait l'article 1^{er}, néanmoins il continuera à être régi par la loi musulmane. — De même, l'indigène israélite est

1. Méner. II. 151.

français, néanmoins il continuera à être régi par son statut personnel. »

Toutefois, le privilège, pour les indigènes, de conserver leurs lois personnelles entraînait de profondes différences entre eux et le français d'origine. Ceux-ci étaient qualifiés *citoyens*, les indigènes n'étant que des *sujets*.

Il était naturel de prévoir que les indigènes placés vis-à-vis de leurs vainqueurs, dans un état de notable infériorité, s'efforceraient d'effacer la distance les séparant d'eux. De là cette disposition du sénatus-consulte : « les indigènes pourront sur leur demande être admis à jouir des droits de *citoyen* français. Dans ce cas, ils seront régis par les lois civiles et politiques de la France. » C'est-à-dire, qu'une fois devenus citoyens, ils ne seraient plus musulmans ou israélites qu'au point de vue religieux. Touchant les conditions au moyen desquelles l'indigène deviendrait citoyen français, le sénatus-consulte s'exprimait ainsi : (art. 4) « la qualité de citoyen français ne peut être obtenue, qu'à l'âge de 21 ans accomplis ; elle est conférée par décret impérial rendu en conseil d'Etat ».

Un règlement d'administration publique était annoncé pour déterminer les fonctions et emplois auxquels les indigènes pourraient être nommés en Algérie, en même temps que les formes suivant lesquelles seraient instruites les demandes en naturalisation.

Ce règlement parut le 21 avril 1866 (1). Il eut le tort énorme de faire une part trop large aux emplois qui pourraient être conférés aux indigènes non naturalisés. La conséquence en fut une excessive rareté des demandes en naturalisation. Cependant, la procédure en était extrêmement simple. Il suffisait que l'indigène se présentât en personne devant le maire de sa commune, ou le chef du bureau arabe de sa circonscription, et formât devant l'officier public sa demande accompagnée d'une déclaration qu'il entendait être régi par les lois de la France. Pour que la demande fût valable, il fallait que l'indigène justifiât qu'il avait atteint 21 ans accomplis, soit par un acte de naissance, soit par un acte de notoriété dressé sur l'attestation de quatre témoins par le juge de paix ou le cadi du lieu de sa résidence, (art. 19). Le reste était affaire d'administration. Une enquête avait lieu, le général commandant la province du demandeur en naturalisation, et le gouverneur de la colonie donnaient leur avis ; puis le ministre de la justice faisait son rapport sur l'affaire devant le Conseil d'Etat, et le décret intervenait (art. 11 à 14). Une procédure analogue était suivie par l'indigène servant à l'armée. (art. 14). Le procès-verbal de demande était dressé par le chef de corps ou par l'officier supérieur commandant le détachement dont l'indigène faisait partie. Ce procès-verbal était transmis au général commandant la province avec 1° l'é-

1. Mèner. II. 159 et 160.

tat des services du demandeur et 2° un certificat relatif à sa moralité et à sa conduite ; c'était là toute la différence.

Un décret du 5 février 1868 (1) vint prévoir et aplanir toutes les difficultés que les indigènes pouvaient rencontrer dans la formation d'une demande en naturalisation.

Les actes de notoriété produits à l'appui des demandes de naturalisation, disait l'article 1^{er}, seront délivrés en brevet et dispensés de l'homologation.

Ils seront visés pour timbre et enregistrés gratis si le demandeur est indigent.

Quand l'époque de la naissance (pour établir que le demandeur satisfait à la condition des 21 ans accomplis), et la durée du séjour — (pour que l'enquête sur les antécédents et la moralité du demandeur pût être sérieuse et réelle, il fallait que ce dernier justifiât d'une résidence d'un an au moins dans la localité où il formait sa demande) — peuvent être constatées devant le même juge de paix ou le même cadi, la double constatation est faite dans le même acte de notoriété.

Quand l'indigène ne peut produire le nombre de témoins réglementaire (pour justifier de la durée de la résidence affirmée par eux dans l'acte de notoriété), il peut y être suppléé, à sa requête, par les renseignements du magistrat du lieu de sa naissance ou de son dernier domicile.

1. Méner, III, 227.

Jusqu'ici, nous avons vu, dans les actes législatifs concernant la naturalisation des indigènes, les israélites et les musulmans placés sur un pied d'égalité parfaite.

Cette identité de traitement pour les deux grandes classes de la population indigène de notre colonie, fut brusquement rompue par un décret du gouvernement de la défense nationale, rendu à Tours le 24 octobre 1870 (1).

Par ce décret, on conféra la qualité de citoyen français à tous les indigènes israélites de l'Algérie, pris en masse. Dès lors, les musulmans seuls restèrent sujets algériens vis-à-vis de la France. Les israélites indigènes des départements de l'Algérie étant déclarés citoyens français, leur statut réel et leur statut personnel furent, à compter de la promulgation du décret, régis par les lois françaises. Mais tous les droits antérieurement acquis restèrent inviolables.

Malgré les termes généraux du décret, il existe en Algérie des indigènes israélites non citoyens français. Ce sont les israélites du Mزاب. (Lettre du ministre de la justice au ministre de l'intérieur, en date du 7 novembre 1882). Le décret porte en effet : « Les israélites indigènes des départements de l'Algérie sont déclarés citoyens français. » Ceux qui en 1870, résidaient hors des départements français, ont échappé à l'application du décret. Or les Mozabites étaient

1. Méner. III. 228.

dans ce cas. La disposition du décret ne saurait atteindre les habitants des régions non rattachées à la colonie lors de sa promulgation.

En conséquence, l'israélite du Mزاب est français, aux termes du sénatus-consulte de 1865, mais il continue à être régi par son statut personnel. La qualité de citoyen ne peut lui être conférée qu'individuellement, par voie de naturalisation.

A la date même du 24 octobre 1870, un second décret (1) fut rendu relativement à la naturalisation des musulmans restés *sujets* ; et ce décret modifia considérablement, pour ces derniers, les formes de la naturalisation. Il abrogea les articles 13 (titre 4) et 19 (titre 6) du décret du 21 avril 1866 concernant : l'un, la transmission par le gouverneur général au ministre de la justice du dossier de naturalisation et le décret en conseil d'Etat le prononçant ; l'autre, la justification par le demandeur de la condition d'âge remplie.

La procédure de naturalisation des musulmans est en conséquence déterminée, à l'heure présente, de la manière suivante.

Le demandeur doit être âgé de 21 ans accomplis et le prouver soit par son acte de naissance, soit au moyen d'un acte de notoriété dressé sur l'attestation de quatre témoins par le juge de paix ou le cadi du lieu de sa résidence.

Il doit se présenter en personne devant le chef du

1. Méner, III, 228.

bureau arabe de la circonscription où il réside et déclarer qu'il entend être régi par les lois civiles et politiques de la France. Un procès-verbal de la demande et de la déclaration est aussitôt dressé. Une enquête a lieu d'office, sur les antécédents et la moralité du demandeur, puis le dossier est transmis au préfet, ensuite au gouverneur général civil qui prononce sur la demande en naturalisation après avoir pris l'avis du comité consultatif.

Là se termine toute la procédure de la naturalisation. L'article 4 du décret de 1870 a décidé qu'il serait dressé un bulletin de chaque naturalisation, pour être déposé à la préfecture du département où l'indigène naturalisé a sa résidence.

Doctrine et jurisprudence

La naturalisation peut être envisagée à deux points de vue :

Au point de vue des conditions successives du naturalisé ;

Au point de vue de la rupture d'homogénéité qu'elle entraîne dans la famille du naturalisé.

Envisageons d'abord les conditions successives du naturalisé et recherchons quels effets la naturalisation produit à ce point de vue.

D'une façon générale, la naturalisation a pour effet, à l'égard de l'indigène musulman, de le placer sous l'empire des lois civiles et des lois politiques

de la France. Tous les cas d'infériorité disparaissent entre les indigènes naturalisés et les citoyens français. C'est ainsi que le décret de 1870, ayant attribué aux israélites indigènes la qualité de citoyens, les a placés sous l'empire de la législation française qui régit les citoyens, aussi bien en matière fiscale qu'en toute autre matière, et par suite les a affranchis du paiement des impôts arabes auxquels échappent les citoyens français. (Arrêté du Conseil d'État : Robe, 1880, p. 22). Cet arrêté tranche la question également en faveur des musulmans qui deviennent citoyens français par la naturalisation.

Il est incontestable en outre que les indigènes musulmans naturalisés cessent d'être justiciables des tribunaux musulmans. (Cour d'Alger, Ch. mus. 12 mai 1879, Robe, 1880, p. 174).

Mais pour nous rendre un compte exact des effets de la naturalisation au point de vue de la compétence, il faut distinguer le cas où la naturalisation a été obtenue avant que l'instance fût engagée, et le cas où au contraire, elle n'a eu lieu qu'après l'ouverture de l'instance.

Premier cas. Sans aucun doute, la juridiction française seule est compétente à l'égard du naturalisé lorsque l'instance n'est liée qu'après la naturalisation. (Robe, 1880, p. 174, arrêt précité).

Deuxième cas. La naturalisation intervenue au cours d'une instance antérieurement engagée produit-elle tous ses effets quant à l'instance déjà liée

et à l'encontre des autres plaideurs restés musulmans non naturalisés?

Non, l'instance ayant été engagée devant la juridiction musulmane à un moment où la compétence de celle-ci était indéniable, il y a droit acquis pour les plaideurs non naturalisés à conserver le bénéfice de cette juridiction. (Robe, 1885, p. 320, arrêt de la Cour d'Alger, du 5 juin 1883 contre lequel pourvoi a été formé à tort par ordre du garde des sceaux). (Arrêt du 20 juin 1883, Ch. des app. mus., Robe, 1883, p. 317).

A plus forte raison, le tribunal musulman valablement saisi, doit rester compétent lorsque la naturalisation d'un plaideur n'a eu d'autre but que de porter préjudice à ses adversaires en modifiant la juridiction et en enlevant à ceux-ci des garanties sur lesquelles ils ont compté.

De ce que la naturalisation entraîne application au naturalisé de toutes les dispositions de la loi française, il suit que la femme juive indigène qui n'est pas apte, aux termes de la loi mosaïque, à devenir tutrice légale de ses enfants mineurs et qui n'a pas la jouissance légale de leurs biens, acquiert aussitôt après sa naturalisation — mais sans aucun effet rétroactif — droit à la puissance paternelle et à l'usufruit légal qui en est l'attribut, mais seulement dans les conditions réglées par la loi française, alors même pourtant que les enfants resteraient soumis à la loi mosaïque. Le décret de 1870 a sans

conteste produit ces conséquences. (Arrêt d'Alger, 10 juin 1875, Robe, 1875, p. 110 ; Cass. Ch. des Req., 2 mai 1876, Robe, 1876, p. 220 ; Cass. Ch. civ., 14 mars 1877, Robe, 1877, p. 151).

Les effets de la naturalisation au point de vue du mariage méritent d'arrêter notre attention.

Supposons d'abord la naturalisation antérieure au mariage.

Très-certainement, l'officier d'état-civil français sera seul compétent pour célébrer le mariage du naturalisé, et si deux naturalisés s'unissent en mariage, tous les effets civils de leur mariage seront régis par la loi française.

C'est ainsi qu'il a été jugé que le mariage de deux israélites naturalisés par le décret du 24 oct. 1870 est d'une nullité absolue s'il est contracté en violation des formes prescrites par le Code civil. Néanmoins, l'époux qui a contracté mariage de bonne foi peut invoquer les dispositions de l'article 204 du Code civil (Robe, 1876, p. 256, §§ 2 et 4, arrêt, audience solenn. 1^{er} mars 1875. Cour d'Alger).

Il en serait de même au cas où un seul des époux serait naturalisé.

Il y a lieu d'annuler comme n'ayant pas été célébré dans les formes et conditions de la loi française, le mariage contracté devant le cadi, avec une musulmane, par un indigène musulman naturalisé français. Toutefois, s'il est établi que la femme musulmane ignorait la naturalisation de son conjoint, lors du

consentement par elle donné à cette union, il y a lieu, en présence de la bonne foi de cette femme, de considérer le mariage comme un mariage putatif devant produire à l'égard de la femme et de ses enfants tous les effets civils concédés par la loi française.

(Trib. civ. d'Alger 31 juillet 1886. Journ. de Robe 1886, p. 412).

Supposons maintenant que la naturalisation s'opère après le mariage.

Si les deux époux sont naturalisés ensemble, comme cela s'est produit d'une façon générale dans tous les ménages israélites, lors de la promulgation du décret du 24 octobre 1870, le mariage se trouve régi pour l'avenir par la loi française seule, notamment au point de vue de la dissolubilité. (Le divorce, admis par la loi mosaïque, ne l'était pas encore, en 1870, par la loi française).

En conséquence, le lien conjugal devient indissoluble et le divorce est proscrit en vertu de ce principe : que les facultés attachées à l'état-civil des personnes sont subordonnées à l'intérêt public, par suite, soumises aux modifications qui semblent opportunes au législateur selon les besoins de la société, et régies dès lors par la loi nouvelle, pour tous les actes et effets postérieurs.

Jusqu'au rétablissement du divorce, en 1884, les israélites mariés, *more judaïco*, avant le décret de 1870 purent seulement intenter l'action en sépara-

tion de corps, l'action en divorce étant irrecevable aux termes de la loi française. (Trib. de Constantine 9 mai 1876, Robe 1876, p. 89. ; Arrêt. Cour d'Alger 29 déc, 1875, Robe 1876, p. 91).

Une demande en divorce formée par des époux israélites antérieurement au décret de 1870 ne put aboutir, — les choses encore en suspens étant du domaine de la loi nouvelle, — qu'à une séparation de corps.

(Arrêt, d'Alger, 8 mars 1871, Robe 1871, p. 73. § 2, arrêt d'Alger, 14 juillet 1873. Robe 1875, p. 106).

Le droit pour la femme juive d'obtenir le divorce afin de restitution de sa dot, lorsque le mari, par la mauvaise gestion de ses affaires, ne pouvait plus remplir ses obligations vis-à-vis d'elle, fut remplacé par le droit d'obtenir le bénéfice de séparation de biens créé par le législateur français pour permettre aux femmes de recouvrer leurs dots mises en péril. (Robe, 1880 p. 305 § 4. Trib. civ. de Constantine, 27 janv. 1880; Cass. Ch. civ., 4 août 1884. Robe, 1885 p. 457).

Mais la naturalisation postérieure au mariage, d'un seul ou des deux époux n'a pas pour effet de changer le régime matrimonial sous lequel le mariage a été contracté.

Les choses passées restent entièrement réglées par la loi ancienne (arrêt d'Alger, 27 juillet 1874, Robe, 1874, p. 246, § 2. Trib. civ. Constantine, 1880, p. 305.

Le régime dotal étant le régime de droit commun mosaïque, les mariages israélites y sont demeurés soumis après 1870 comme auparavant. Ce régime n'a pas été remplacé à partir de la naturalisation, par la communauté légale française.

Tout en restant dans l'hypothèse d'une naturalisation intervenue pendant le mariage, nous allons supposer maintenant qu'un seul des époux soit naturalisé, l'autre conservant son statut personnel.

C'est ici que se présente le second aspect sous lequel nous voulons envisager les effets de la naturalisation, à savoir la rupture d'homogénéité de la famille dont un membre quitte le statut indigène pour entrer sous l'empire du statut français.

Un musulman indigène, marié et père de famille, se fait naturaliser citoyen français au cours de son mariage, quelles sont les conséquences de cette naturalisation ?

Il ressort de l'examen de la doctrine et de la jurisprudence sur cette question que trois systèmes se sont produits.

1^{er} système. — Un arrêt de la Cour d'appel d'Alger, 5 juin 1883, a décidé que le musulman naturalisé pendant son mariage restait soumis dans ses rapports avec sa femme à la loi et à la juridiction musulmanes.

La naturalisation du mari ne peut modifier ni détruire les droits qui résultent du contrat intervenu

entre les époux lors du mariage, et qui doivent leur existence à un consentement qui serait seul efficace pour les modifier ou les détruire. Ces droits, qui sont les conséquences du mariage, sont indivisibles comme lui, c'est-à-dire que l'un des époux ne peut pas rester enchaîné irrévocablement à une situation dont l'autre époux serait affranchi. Donc, tous deux, même le naturalisé, conservent le droit de provoquer la dissolution de l'union par les procédés et pour les motifs reçus par la loi qui a présidé à la formation du mariage. Autrement, le mariage devenu indissoluble pour l'époux français resterait dissoluble pour l'époux demeuré musulman, et l'on verrait le second contracter valablement une nouvelle union, tandis que le premier ne pourrait pas le faire aussi longtemps que vivrait son conjoint.

Pour éviter une telle incohérence il n'y a qu'un seul moyen, décider que, malgré sa naturalisation, l'époux citoyen restera musulman quant à son mariage, et par suite, relèvera encore de la juridiction musulmane.

Naturellement, dans ce système, les enfants issus du mariage, avant ou après la naturalisation de leur père, resteront musulmans. Si leur mère meurt pendant leur minorité, leur tutelle s'organisera selon les dispositions de la loi musulmane, c'est-à-dire que leur père deviendra leur tuteur sous le contrôle du cadi. Et cependant, ce père est citoyen français ! Voilà donc un système qui viole ce principe que les

citoyens français sont exclusivement justiciables des magistrats français, (art. 1^{er}, décret du 13 décembre 1866), et qui, pour respecter l'homogénéité de la famille, semble ne tenir aucun compte de la naturalisation du père de famille.

En ce qui concerne la tutelle, le père est justiciable du cadi, parce que, dit-on, il est alors chargé d'intérêts placés par la loi musulmane sous la surveillance du cadi, et qu'il doit répondre de sa gestion devant ce magistrat qui joue dans les tutelles musulmanes le rôle du conseil de famille et du tribunal de première instance français dans les tutelles françaises.

Si le père naturalisé meurt le premier; conformément au droit musulman, la tutelle sera dévolue au cadi, la mère n'ayant droit qu'à la *hadana*, c'est-à-dire à la garde des enfants.

2^e *Système*. — La femme, restée musulmane, d'un indigène musulman, naturalisé français, doit être traitée, dit-on, comme la femme française dont le mari français change de nationalité pendant le mariage. L'acquisition d'une nouvelle nationalité par le mari est purement personnelle, elle ne modifie pas la nationalité de la femme, car le changement de nation auquel le mari se soumet pendant le mariage est un fait que la femme n'a pu prévoir, auquel par conséquent elle n'a pu consentir à l'avance et dont elle ne doit pas subir les effets contre son gré.

D'après ce système, le mariage, devenu indissolu-

ble pour le mari français, resta dissoluble pour la femme demeurée musulmane indigène non naturalisée. Celle-ci conserva le droit de demander le divorce même contre son mari citoyen français auquel le divorce fut interdit jusqu'en 1884. De même, en effet, qu'avant la loi du 27 juillet 1884 il ne dépendait pas du mari français, au moyen d'une naturalisation obtenue à l'étranger, de rendre dissoluble un mariage indissoluble, de même il ne pouvait dépendre du mari musulman, par le fait d'une naturalisation française, de rendre indissoluble un mariage dissoluble (Lyon-Caen, *Journ. Droit Int. Privé*, 1880, VII, 274).

Lorsque le divorce fut rétabli dans la loi française, le mari put le demander, mais seulement devant la juridiction française. La femme dut se soumettre à cette juridiction, quoique elle fût restée musulmane, avec ce tempérament néanmoins, que le mariage, à son égard, ne pouvait être dissous que selon les règles de la loi musulmane.

Donc, lorsque le mari obtient seul la naturalisation, sa femme reste musulmane, soumise au statut personnel musulman. C'est pour le mari seulement que le mariage contracté en la forme musulmane avant la naturalisation est à compter de ce jour soumis aux règles de la loi française. Pour la femme, le mariage reste soumis aux règles de la loi musulmane.

Dans cette opinion, de même que la femme conserve son statut, à moins qu'elle n'ait personnelle-

ment rempli les conditions exigées pour la naturalisation, de même les enfants du naturalisé, nés avant sa naturalisation, ne changent pas de statut s'ils ne remplissent eux-mêmes les conditions de la loi du 7 février 1851.

En effet, puisque ce système applique à la naturalisation du musulman tous les effets qui s'adaptent à la naturalisation d'un étranger ordinaire, il faut dire que les enfants antérieurs à la naturalisation auront, en vertu des lois de 1851 et du 8 février 1882 le droit de réclamer la nationalité française dans l'année de leur majorité s'ils sont mineurs, dans l'année de la naturalisation de leur père, s'ils sont majeurs.

Le principe de ce système est donc celui-ci : les indigènes reçoivent le même traitement que les étrangers ordinaires ; ils sont en effet plus près que ceux-ci des vrais citoyens français, il faut donc leur accorder tous les avantages que l'on concède aux étrangers en matière de naturalisation.

Les enfants du musulman naturalisé ont les mêmes titres à un traitement de faveur que les enfants de l'étranger naturalisé.

Nous ferons remarquer contre ce système, que nul texte législatif ou autre ne fait aux enfants des indigènes naturalisés l'application des lois de 1851 et de 1882. Est-ce pour laisser à l'administration le pouvoir de refuser le titre et les droits de citoyen à ceux qui se sont signalés par une hostilité plus ou

moins déclarée contre la domination française, et faut-il dire que les indigènes doivent être tenus au point de vue de la naturalisation dans une situation inférieure à celle des étrangers ordinaires?

On l'a soutenu (1). Mais tel n'est pas notre sentiment. Nous pensons que le silence des textes doit s'interpréter en ce sens : que le législateur considère l'existence de statuts opposés dans une même famille comme une source de tiraillements et de conflits qu'il importe absolument de tarir, surtout entre parents en ligne directe.

Cette pensée du législateur, c'est le troisième système seul qui parvient à l'exécuter complètement. Nous le verrons tout à l'heure.

Mais avant de quitter le second système, et après avoir vu le sort fait par ce système aux enfants nés avant la naturalisation, voyons maintenant par quelle loi sera régie la capacité civile des enfants nés après la naturalisation de leur père.

Nous savons que ce système assimile la femme musulmane à la femme étrangère et la laisse, à moins de demande contraire de sa part, sous l'empire de la loi musulmane.

Les enfants auront donc une mère et un père régis chacun par une législation différente. Lorsque cette situation se présente en droit international privé, le père étant Français et la mère étrangère, les auteurs français donnent aux enfants légitimes

1. *Revue alg.* 1887, I, p. 49. Monographie de M. L. Hamel.

la nationalité du père, car, en cas d'opposition entre les droits du père et ceux de la mère, la législation française préfère les premiers aux seconds.

Le système que nous examinons adopte cette solution en cas de conflit entre la législation du père naturalisé et celle de la mère restée musulmane.

Si la tutelle des enfants mineurs s'ouvre, d'après quelle loi devra-t-elle être organisée ?

D'après la loi française, sans aucun doute ; car les enfants suivant la condition de leur père sont soumis à la loi française, et de plus, la loi souveraine du pays où ils vivent, est aussi la loi française. Il y a donc accord pour qu'il en soit ainsi, entre la loi nationale des mineurs et la loi territoriale.

Quel que soit le tuteur, musulman ou européen, donné aux mineurs, c'est donc la loi française qui dirigera le fonctionnement de la tutelle ; puisque celle-ci a pour but de sauvegarder les intérêts des mineurs et de suppléer à leur faiblesse, c'est évidemment la loi personnelle des mineurs qui doit être appliquée en cette matière (Weiss. *Droit int. privé.* p. 396 et suiv.)

Troisième système. — Nous avons cherché à mettre en lumière le principe du second système que nous venons d'exposer. Ce principe nous semble éminemment discutable. Il n'y a pas le moins du monde changement de nationalité pour le musulman algérien qui se fait naturaliser. Avant sa

naturalisation, il est déjà français ; seule la qualité de *citoyen* lui manque, non la nationalité française qu'il n'a plus à acquérir. (Sén.-Cons. 14 juillet 1865, art. 1^{er}).

Tout ce que le musulman peut demander, c'est d'obtenir la condition de citoyen, en répudiant son statut personnel, puisqu'il y a incompatibilité entre ces deux choses. Par conséquent, la femme et les enfants du *musulman indigène* naturalisé, n'ont pas besoin pour perdre leur statut en même temps que le chef de famille, d'abdiquer leur nationalité d'origine comme des étrangers sont obligés de le faire. L'unité de législation dans la famille s'impose. M. Labbé (Sirey, 1876, I, 289), s'est fait l'éloquent défenseur de l'opinion qui n'admet pas au sein de la famille deux législations différentes. « La dissolubilité du mariage, a dit le savant professeur, est une question qui doit être résolue d'après une loi unique à l'égard des deux époux. Le mariage subsiste pour les deux conjoints, ou est dissous pour tous les deux.... Sa décision devant être la même à l'égard des deux époux, ne doit découler que d'une seule et même loi. »

Or, la législation musulmane est, au point de vue du mariage, en opposition formelle avec la législation française sur toutes les questions importantes : puissance paternelle, dissolubilité du lien conjugal, obligation et droit alimentaires, tutelle, majorité, etc.

Comment devons-nous résoudre le conflit de ces deux législations, déterminé par la naturalisation d'un époux au cours du mariage?

Par le triomphe de la loi musulmane, comme le veut le premier système? Ce serait une abdication de notre souveraineté.

Il est inadmissible que la prééminence n'appartienne pas à la loi française. Puisque la conciliation des deux législations est impossible, puisque les deux époux et leur famille doivent être régis par une seule et même loi, il faut admettre que la femme du musulman naturalisé et les enfants nés de son mariage avant la naturalisation, seront traités, à compter de ce jour, comme de vrais français, soumis en tout et pour tout à la législation française. C'est la conséquence du lien intime qui unit les uns aux autres les époux et leurs enfants, tout système contraire annule comme nous l'avons vu l'effet de la naturalisation obtenue par le chef de famille.

C'est l'opinion du Conseil d'État et du ministère de la justice, qui considèrent la femme musulmane comme entraînée de droit dans la naturalisation de son mari.

Par suite, les enfants nés postérieurement à la naturalisation de leur père seront soumis à la loi française, comme étant celle de leurs père et mère.

Quant aux enfants mineurs déjà nés, ils sont englobés dans la naturalisation de leur père. Inutile donc, pour eux, d'invoquer comme dans le second sys-

tème le bénéfice des lois de 1851 et de 1882. Ainsi se trouvent considérablement simplifiés tous les rapports des divers membres de la famille entre eux. Nombre d'États étrangers ont adopté ce système pour la naturalisation ordinaire, le jour est proche, croyons-nous, où il en sera de même en France pour la naturalisation des étrangers et de leurs enfants mineurs.

Si les enfants du naturalisé sont majeurs, la naturalisation ne doit leur être accordée que sur leur demande. Ils sont en effet maîtres et juges de leur conduite ; leur imposer la naturalisation malgré eux serait une véritable injustice.

Dans ce système, si la tutelle des enfants mineurs vient à s'ouvrir, elle sera organisée et fonctionnera conformément à la loi française devenue la loi des mineurs eux-mêmes.

Quelques personnes, tout en admettant que la femme musulmane puisse être, par le seul fait de la naturalisation de son mari, soumise à la loi française, décident que les enfants même mineurs du naturalisé (nés avant la naturalisation, bien entendu) restent soumis à la législation musulmane, parce que aucun texte ne rend obligatoire pour l'enfant mineur de l'indigène le changement de législation du père, et que même l'art. 1^{er} du sénatus-consulte de 1865 déclare que l'indigène ne perd son statut musulman que *sur sa demande* (1).

1. *Revue alg.* 1887, I, p. 50, monographie précitée.

D'après cette opinion, la tutelle des enfants devrait être régie par la loi musulmane, restée la loi personnelle des mineurs. En conséquence, si la mère prédécède, le père deviendra tuteur, sous le contrôle du cadi, quoique citoyen français (situation exceptionnelle mais regrettable à tous égards). Si le père prédécède, bien que la mère, devenue française, soit apte à être tutrice selon le droit français, elle devra être écartée de la tutelle en faveur du cadi, le droit musulman excluant les femmes de la tutelle.

La naturalisation ne produit-elle pas encore des effets particuliers en matière de succession, au point de vue de la rupture d'homogénéité des familles ?

La succession d'un indigène musulman s'ouvre, comment devra être réglée cette succession, si parmi les héritiers, les uns sont naturalisés citoyens français, les autres étant restés indigènes musulmans ?

La loi successorale musulmane diffère de la loi successorale française ; par exemple, en droit musulman le frère germain exclut le frère consanguin. Ce dernier ne pourrait-il invoquer le droit français pour se prétendre héritier, en s'appuyant sur un décret de naturalisation qu'il aurait obtenu ?

Distinguons : Si la naturalisation est postérieure à l'ouverture de la succession, elle ne peut modifier

en survenant, les droits acquis des héritiers demeurés musulmans. Dans l'espèce posée, le frère germain absorbera la totalité de la succession.

Si la naturalisation est antérieure à l'ouverture de la succession, deux systèmes sont en présence.

1^{er} système (1). — La naturalisation de membres de la famille indigène ne peut ni annihiler, ni modifier les effets de la loi musulmane sous l'empire de laquelle s'est ouverte la succession du *de cujus*, ni porter atteinte aux droits successifs des héritiers restés musulmans.

Dans l'espèce posée, le frère consanguin, même naturalisé avant le décès du *de cujus*, ne peut invoquer le droit français, il est exclu par le frère germain. Cela est juste, dit-on, car la succession ne peut être régie par deux lois différentes et absolument opposées, dont l'une est la négation de l'autre. Elle doit être régie entièrement par la loi musulmane parce que les musulmans ont conservé leur législation personnelle, or, rien ne se rattache plus directement au statut personnel que la question de savoir si une personne est ou n'est pas héritière.

D'où il suit, que la loi musulmane doit régir la succession d'un indigène musulman quelles que soient les qualités diverses de ses héritiers, car, la loi des successions est le testament de toute personne qui décède *ab intestat*. Donc, il n'y a d'héritiers

1. Trib. civ. de Bougie, 23 déc. 1874. Robe, 1874, p. 304. Arrêt, Cour d'Alger, 24 oct. 1875. Robe, 1875, p. 216.

que ceux qui sont appelés par la loi du défunt, et ceux-ci n'ont que les droits à eux conférés par la loi sous l'empire de laquelle s'ouvre la succession.

D'ailleurs, ajoute-t-on, la naturalisation est personnelle : on ne peut en acquérant pour soi des droits nouveaux par la naturalisation, modifier en sa faveur les droits des tiers non naturalisés.

Ce serait porter le trouble dans l'ordre des successions, et jeter la perturbation dans la famille.

2^e *Système*. (1) — L'article 7 de la loi du 27 juillet 1873 est ainsi conçu : « Il n'est point dérogé aux règles de succession des indigènes *entre eux*. » Conséquence : Les règles du droit musulman ne sont applicables qu'entre cohéritiers musulmans ; la loi française sur les successions peut être invoquée par tout cohéritier français ou naturalisé.

Dans l'espèce posée, le frère consanguin devait prendre la part que lui confère la loi française, le frère germain aurait pris le reste.

Dira-t-on que deux lois sont appliquées alors simultanément ? C'est ce qui a lieu, en France, toutes les fois que s'ouvre la succession d'un étranger qui a des biens en France et un domicile à l'étranger.

Or les biens du musulman *de cujus* étaient situés en France, si le bénéfice de sa loi personnelle ne pouvait lui être enlevé. Deux législations devaient

1. Monographie de M. L.-A. Eyssautier, conseiller à la Cour d'Alger. *Revue algérienne*, 1887, I, p. 154, n° 58.

donc nécessairement se rencontrer et s'accommoder. Si la succession était purement mobilière, la loi du défunt devrait s'appliquer entre musulmans exclusivement, mais étant donné la présence d'un Français parmi les cohéritiers, le Français a droit à la loi française, il peut donc prendre dans la succession une part égale à celle qu'il prendrait si la loi française était seule appliquée. »

Supposons qu'au lieu d'être appelé à une succession en qualité de parent du défunt, le naturalisé soit héritier testamentaire du *de cujus*.

Quelle sera la loi applicable au testament du musulman fait en faveur d'un citoyen français?

Si le testament est fait en la forme musulmane, comme cela est probable, il n'en sera pas moins valable. Sans doute, en principe, la forme du testament est réglée par la loi du lieu où il est rédigé : *locus regit actum*, or l'Algérie étant française, le testament des musulmans devrait être rédigé selon notre loi. Mais nous avons vu que, par dérogation, le législateur tolère toujours l'application de la loi indigène en matière de successions, légitimes et testamentaires.

Au fond, c'est-à-dire, en ce qui touche la capacité du légataire, la quotité disponible, les dispositions testamentaires seront régies par la loi française relativement aux immeubles que le legs peut affecter.

Ici, le droit commun reprend son empire, car l'application du droit indigène n'a été réservée qu'entre musulmans.

Dans cette hypothèse, le juge français sera seul compétent pour statuer sur la validité du testament, sur la capacité du testateur, sur celle du légataire et sur la quotité disponible, car le décret du 10 septembre 1886 n'a réservé la compétence des cadis que relativement aux litiges successoraux éclatant entre Musulmans (monographie de M. Eyssautier, *Revue Alg.* 1888, I, p. 303, n° 79).

TITRE II.

CONFLIT DES LOIS PERSONNELLES ENTRE ELLES

Nous avons exposé le partage que les actes législatifs français ont établi entre la loi territoriale et les lois personnelles indigènes, en Algérie. Nous avons montré que le domaine de la loi territoriale, insignifiant à l'origine, s'est étendu peu à peu au détriment du domaine des lois personnelles et que l'empire de ces dernières peut perdre à chaque instant quelque chose de son importance, par suite de l'option que les indigènes peuvent faire en faveur des lois françaises, ou par suite de leur naturalisation. — Après avoir ainsi développé le caractère de la lutte qui s'engage en Algérie entre la loi territoriale et les lois personnelles, il nous reste à parler de la lutte susceptible de s'élever entre diverses lois personnelles exclusivement.

La loi personnelle d'un indigène ne se heurte pas toujours à la loi territoriale qui régit le pays, elle peut aussi se trouver en conflit avec la loi personnelle différente d'un autre habitant. De là notre titre II.

Il y a conflit de lois personnelles toutes les fois

que des personnes de statut différent se trouvent en présence à l'occasion d'un rapport juridique quelconque.

Législation.— En prévision de cette situation, l'article 31 de l'ordonnance du 18 août 1834 (1) disposait :

« La loi française régit les conventions et contestations entre Français et étrangers. Les indigènes sont présumés avoir contracté entre eux selon la loi du pays, à moins qu'il n'y ait convention contraire. Dans les contestations entre Français ou étrangers et indigènes, la loi française ou celle du pays est appliquée selon la nature de l'objet du litige, la teneur de la convention, et, à défaut de convention, selon les circonstances ou l'intention présumée des parties. »

Ce fut le premier texte prévoyant les difficultés qui pouvaient résulter, au point de vue de l'application de la loi, de conventions et de contestations entre personnes de statut différent.

L'ordonnance du 26 septembre 1842 (2) reproduisit littéralement dans son article 37 les dispositions précédentes en y ajoutant toutefois la suivante : « Les contestations entre indigènes relatives à l'état civil seront jugées conformément à la loi religieuse des parties. »

Quel sens faut-il attribuer à ces textes ?

1. Méner. I. 386.

2. Méner. I. 393.

Il résulte de leurs dispositions : que les actes intervenus entre israélites et musulmans, soumis chacun à des lois personnelles différentes, devaient être régis par la loi musulmane, sauf au cas où une convention contraire était intervenue. Par suite, la preuve testimoniale pouvait être toujours admise, car elle forme dans la loi musulmane le mode de preuve par excellence.

L'article 37 de l'ordonnance de 1842 concernant les israélites comme les musulmans, le droit musulman était donc applicable, entre indigènes, toutes les fois qu'une convention spéciale ne rendait pas la loi française maîtresse de la difficulté.

Mais, de ce que la preuve testimoniale était toujours admissible dans les contestations entre indigènes, comme supérieure, d'après la loi du pays, à tout autre mode de preuve, il ne faudrait pas conclure que les juges français, compétents pour statuer sur la difficulté, fussent (en appliquant, en matière de preuve d'obligation, la loi musulmane qui permet la preuve testimoniale, quel que soit le montant de l'obligation) assujettis aux dispositions de cette loi qui sont en contradiction avec la loi française.

La loi du 1^{er} octobre 1844 (1) maintint les transactions immobilières conclues entre indigènes israélites ou musulmans, sous le régime du statut personnel des contractants.

1. Méner. I. 378.

L'article 16 de la loi du 16 juin 1851 (1) vint supprimer l'application du statut mosaïque pour les transmissions entre israélites, mais conserva celle du Coran pour les musulmans. Les ventes, échanges, et tous les actes translatifs de droits réels entre musulmans furent encore régis par la loi musulmane. La preuve testimoniale demeura le seul moyen de preuve usité. Aucune formalité ne fut imposée par la loi française pour garantir les tiers contre la fraude que la publicité, inconnue dans les usages musulmans, ne réfrénait pas.

L'article 16 de la loi de 1851 était ainsi conçu : « Les transmissions de biens de musulman à musulman continueront à être régies par la loi musulmane. Entre toutes autres personnes, elles seront régies par le Code civil ».

L'article 1^{er} du décret du 13 décembre 1866 ne modifia en rien les principes que nous venons d'énoncer. Mais la loi du 26 juillet 1873 fit prédominer l'autorité de la législation française, en matière de contrats relatifs aux immeubles régis par la loi française.

Dès lors, sans distinction au point de vue de la nationalité des propriétaires ou des contractants, ni au point de vue de leur statut immobilier, les indigènes, comme les européens, sont soumis à l'article 3 du Code civil, pour la conservation et la transmission de tous leurs droits immobiliers.

1. Méner. I. 594.

En Kabylie, le décret du 29 août 1874 (1) dispose que : « Entre indigènes Arabes ou Kabyles, ou musulmans étrangers *soumis à des lois différentes* quant à l'objet de la convention ou de la contestation, la loi applicable sera en matière personnelle et mobilière celle du lieu où s'est accompli le fait qui a donné naissance à l'obligation. Si les parties ont indiqué lors du contrat à quelle loi elles entendaient se soumettre, cette loi sera appliquée.

En matière réelle, la loi applicable est celle du lieu où l'immeuble est situé ».

Hors de la Kabylie, les articles 4 et 5 du décret du 10 septembre 1886 (2) ont décidé que : « En ce qui concerne le statut personnel et les successions, les musulmans sont régis par les coutumes du rite auquel ils appartiennent et celles de leur pays d'origine ». En matière réelle, entre arabes, kabyles ou musulmans étrangers, la loi ou coutume applicable est celle de la situation des biens.

Doctrine.

Avant le décret de 1870 qui a naturalisé en bloc les israélites d'Algérie, les conflits de lois personnelles étaient plus nombreux qu'ils ne peuvent l'être aujourd'hui, puisqu'il existait à côté de celles qui ont subsisté jusqu'à ce jour, toute une catégorie d'individus possédant un statut propre et personnel,

1. Hugues et Lapra, p. 297.

2. Rev. Alg. 86 III. 186.

catégorie qui a disparu depuis, celle des israélites.

Lorsque des israélites étaient en procès avec des musulmans, il y avait un conflit de lois personnelles que le juge était appelé à trancher.

Entre israélites et musulmans, c'est-à-dire entre indigènes, *lato sensu*, l'art. 37, § 1, de l'ordonnance de 1842, rapporté ci-dessus, avait décidé que les indigènes seraient présumés avoir contracté entre eux selon la loi du pays, à moins de convention contraire.

Entre Français ou européens et israélites, le même article laissait au tribunal le soin d'apprécier suivant les circonstances quelle loi devait être appliquée, la loi française ou bien celle du pays.

Aujourd'hui, l'opposition des statuts personnels n'éclate plus entre musulmans et israélites, ni entre israélites et français. Les conflits se sont restreints aux rapports juridiques entre français et musulmans.

D'une façon générale, ils se résolvent au bénéfice de la loi française.

Exemple : un Français épouse une musulmane. Supposons que le mariage soit nul, parce qu'il a été contracté devant le cadi. La femme conserve donc son statut. Cependant, si elle a été de bonne foi, la loi française prend empire sur elle, reconnaît à son mariage la valeur d'un mariage putatif produisant à son égard tous les effets civils.

Ces effets civils sont régis par la loi française, non par la loi musulmane.

Mais il n'en va pas toujours ainsi et il est parfois difficile de discerner la loi applicable.

Parcourons quelques questions d'un caractère pratique où deux statuts opposés vont se trouver en présence, et cherchons celui auquel la prééminence devra être accordée.

Obligation alimentaire. — En principe, l'obligation alimentaire résulte du mariage.

L'obligation pour les enfants de fournir des aliments à leurs parents naissant du mariage, c'est à la loi qui régit l'union des parents qu'il faut recourir pour savoir si les enfants doivent des aliments et dans quelle proportion.

S'il s'agit d'une action dirigée contre un gendre, c'est la loi qui régit le mariage de ce gendre qu'il faut consulter et appliquer.

En droit musulman, des aliments sont dus réciproquement entre certaines personnes pour qui cette obligation n'existe pas d'après la loi française. Ainsi, le rite hanéfite impose la dette alimentaire et attribue la créance corrélative à tous les parents qui se trouvent aux degrés prohibés pour le mariage : frère, sœur, oncle, tante, neveu, nièce. (Sautayra et Cherbonneau T. I, p. 211, n° 232).

Il est aisé alors de prévoir une difficulté. Supposons que le litige relatif à l'obligation alimentaire s'élève entre deux personnes de statut personnel différent. Les tribunaux français seront compétents, mais quelle loi devront-ils appliquer, celle du demandeur ou celle du défendeur ?

L'intérêt de la question apparaît si la loi personnelle du demandeur ne lui reconnaît pas le droit de réclamer des aliments au défendeur, tandis que ce dernier est obligé par sa législation d'en fournir au demandeur.

Cette situation se produit par exemple, lorsque le demandeur a changé de loi personnelle par suite de naturalisation. C'est un musulman hanéfite d'origine et devenu citoyen français qui dirige une demande d'aliments contre son neveu demeuré musulman hanéfite.

Faut-il dire que le nouveau statut du demandeur va l'empêcher de réussir dans le procès qu'il intente? Ou bien triomphera-t-il parce que l'obligation du débiteur a pris naissance avant le changement de statut du demandeur?

Il nous semble plus juridique de dire que l'obligation alimentaire résulte des liens de parenté, indépendamment des modifications qui peuvent survenir dans la personnalité juridique des parties. Le droit d'obtenir des aliments était acquis à l'oncle musulman hanéfite avant qu'il changât de statut, à raison de sa qualité d'oncle du défendeur. La demande doit donc être appréciée non d'après la nouvelle loi personnelle du demandeur, mais d'après la loi qui régissait les parties lors de la naissance de l'obligation.

Reconnaissance d'enfants naturels. — Le musulman qui a des enfants naturels, ne peut, d'après la loi musulmane, ni les reconnaître, ni les légitimer.

Nous nous occuperons tout à l'heure de la légitimation, parlons d'abord de la reconnaissance.

Tant que le père demeurera soumis au statut musulman, les enfants ne peuvent espérer d'être reconnus, ils resteront étrangers à leur auteur.

Mais si le musulman devient un jour citoyen français, quelle loi sera applicable ?

Pourra-t-il invoquer la loi française pour reconnaître ses enfants, ou bien la loi personnelle de ces derniers y fera-t-elle obstacle ?

Dans l'intérêt des enfants, qui seul doit préoccuper le législateur en matière de reconnaissance, nous pensons que la loi la plus favorable pour eux l'emportera. La constatation de la filiation nuit le plus souvent au père, donc, si celui-ci se montre disposé à laisser établir sa paternité, aucun obstacle ne viendra entraver la reconnaissance des enfants. Mais comme notre système se fonde sur l'intérêt de ces derniers, il faut ajouter que s'ils croyaient avoir avantage à rester étrangers à leur père désireux de les reconnaître, ils pourraient s'opposer à la reconnaissance et la rendre impossible en se retranchant derrière leur législation personnelle.

Donc, le sort des enfants naturels de l'indigène musulman devenu citoyen français est entre les mains de ces enfants eux-mêmes. Le droit musulman les rattache exclusivement à leur mère, s'ils veulent s'en tenir à cette situation, ils le peuvent ; si au contraire ils désirent profiter des bonnes dis-

positions de leur père naturel, le décret du 10 septembre 1886 leur en ouvre le droit dans son article 3. Il y est dit en effet que les indigènes peuvent répudier à leur gré leur statut personnel pour profiter des avantages que le statut français peut leur offrir.

Le consentement de l'enfant à être reconnu par son père doit donc s'interpréter dans le sens de l'abandon de la loi musulmane qui s'oppose à la reconnaissance. C'est une soumission implicite à la loi française, car qui en veut les avantages doit en subir les charges. Faite par un père devenu citoyen français, la reconnaissance soustrait l'enfant à l'empire de la loi musulmane pour le placer sous celui de la loi française. Il est naturel en effet que la reconnaissance qui a pour effet de rattacher l'enfant à son père établisse entre ces deux personnes l'identité de statut et de législation.

Cette opinion a le très-grand avantage de resserrer les liens de la famille, au lieu de les rompre par une regrettable divergence de statuts.

Cependant, l'opinion contraire compte des partisans. La reconnaissance, dit-on, a un effet déclaratif et par suite rétroactif. L'enfant est né sous l'empire de la loi musulmane, le père n'est devenu citoyen que postérieurement à la naissance de l'enfant. Donc, au moment de la naissance, père et enfant étaient soumis au droit musulman. La reconnaissance établit la filiation des enfants reconnus à

compter de leur naissance, elle la laisse donc sous l'empire des lois qui y ont présidé.

Légitimation. — Selon le droit musulman, l'enfant naturel ne peut pas être légitimé par mariage subséquent. Au contraire, l'article 331 du Code civil permet la légitimation par le mariage. Supposons qu'un seul des époux ait d'après sa loi personnelle l'aptitude à légitimer, l'autre ne le pouvant pas. La légitimation de leurs enfants naturels sera-t-elle possible ?

Si c'est la femme qui étant musulmane ne peut pas légitimer, et si elle épouse un français, nul doute que la légitimation devienne possible, puisque par le mariage même, la femme acquiert tous les droits que confère la loi française.

Mais si, à l'inverse, une française épouse un musulman ?

Les deux époux ont eu beau reconnaître dans l'acte de mariage l'enfant naturel né de leurs relations antérieures, on contestera peut-être à cet enfant, après leur décès, sa qualité d'héritier légitime, sous ce prétexte que le père étant musulman n'a pu le légitimer.

L'enfant triomphera-t-il de cette attaque ? Oui, répondons-nous. La légitimation est un effet attaché au mariage par la loi ; c'est en vertu de la loi que les enfants sont légitimés par le mariage de leurs auteurs, s'ils ont été préalablement reconnus.

La question revient à savoir si, en ce qui touche

les enfants, les effets du mariage seront déterminés par la loi française ou par la loi musulmane. Or, il est certain que la femme étant française a le droit de voir s'opérer la légitimation de ses enfants. Ceux-ci, en qualité d'enfants naturels nés sur le territoire français, peuvent réclamer l'application de la loi française.

Si donc la loi musulmane l'emportait, si la légitimation n'avait pas lieu, la bonne foi de la mère serait trompée et les droits des enfants méconnus.

Objectera-t-on que la femme mariée suit la condition de son mari ? Mais il ne faut pas oublier que le mari est indigène, c'est-à-dire sujet français, donc, la femme qui l'épouse ne cesse pas d'être française. Si elle n'embrasse pas la religion musulmane, elle reste soumise au droit français, elle a le droit de voir se réaliser les espérances qu'elle a fondées sur l'application de la loi française à tous ses actes de la vie civile.

Il y a plus. Le père naturel a commis une faute contre l'ordre social, l'enfant qu'il a créé en est la victime ; la reconnaissance est pour lui l'accomplissement d'un devoir moral, la légitimation sera la réparation de son quasi-délit. A ce titre, la légitimation rentre dans les règles d'ordre qui obligent tous ceux qui résident sur le territoire, le père musulman ne pourrait invoquer son statut pour se dispenser de réparer sa faute. D'ailleurs, la volonté des parents pour légitimer n'est pas nécessaire, leur

mariage opère la légitimation des enfants reconnus, de plein droit.

La loi française produira donc la légitimation des enfants dans l'hypothèse que nous venons d'envisager.

Bien entendu, si les enfants étaient incestueux ou adultérins, il ne pourrait être question de légitimation (art. 331, Code civil).

Recherche de la paternité. — Aucun texte du droit musulman n'interdit la recherche de la paternité; au contraire, l'art. 340 du Code civil la prohibe en France. Un conflit entre les deux législations est donc possible en cette matière.

Un musulman, devenu citoyen français, soutient en Algérie, devant les tribunaux français, que tel musulman indigène est son père. Est-ce à la loi personnelle du demandeur, loi française, ou à la loi personnelle du défendeur, loi musulmane, qu'il faut s'attacher dans ce débat ?

En droit français, la recherche de la paternité est tenue pour contraire aux mœurs, on dit qu'elle troublerait le repos des familles, parce qu'elle favorise les calomnies. Or, il faut entraver les actions calomnieuses, il faut en déclarant la recherche impossible sauvegarder la paix des familles, donc l'enfant ne devrait pas être écouté, car il est français et la loi française repousse sa prétention.

Nous pensons que la prohibition de la loi française ne doit pas être ici un obstacle à l'action du

demandeur, parce que la partie qui souffrira, si l'enfant triomphe, n'est pas un citoyen français protégé par le Code civil. D'ailleurs, l'interdiction de la recherche constitue une prime en faveur de la corruption des mœurs et de la séduction.

Qu'on ne dise pas qu'un tribunal français ne peut pas connaître d'une action que la loi française réprouve, les tribunaux d'Algérie ont en effet le pouvoir d'appliquer la loi musulmane lorsqu'il en est besoin.

Mais il y a une objection plus sérieuse à prévoir.

Le demandeur en recherche de paternité, né musulman, est devenu citoyen français ; ce changement de statut ne lui enlève-t-il pas le droit de se prévaloir contre son père resté musulman, de la loi musulmane ?

Un changement de statut n'a aucun effet rétroactif, il ne porte pas atteinte aux droits antérieurs, acquis avant le changement. Or, nous pensons que l'enfant né musulman a droit acquis à rechercher sa paternité.

Sans doute, une loi nouvelle peut modifier l'état des personnes de telle sorte qu'une action précédemment licite ne le soit plus dans l'avenir.

Lorsque le législateur croit s'être trompé en la permettant d'abord, et qu'il la juge désormais immorale, il est libre de l'interdire sans qu'on puisse se prévaloir en aucun cas de sa tolérance anté-

rieure. D'ailleurs, l'état des personnes n'appartient pas aux particuliers, il fait partie du domaine du législateur.

Mais ce qui est vrai d'un changement de législation opéré par le législateur lui-même, ne l'est plus d'un changement de statut, œuvre de la volonté d'un particulier.

Le fait même de la naissance donne à l'enfant un droit certain et irrévocable contre son père. La naissance implique une filiation, or la loi qui préside à cette naissance donne le droit d'établir cette filiation. La loi noue entre l'enfant et son père des liens de parenté, elle fixe la situation juridique de l'enfant, elle détermine son état, en lui conférant certains droits et certaines actions au moyen desquels il pourra établir sa filiation. Ces droits et ces actions appartiennent irrévocablement à l'enfant, un changement dans son statut ne l'en dépouille pas, car il n'implique nullement intervention du législateur dans le but de réparer une erreur, mais simplement un acte privé impuissant à détruire les effets de la loi qui préside à la naissance de tout individu.

Si la demande en recherche de paternité émanait d'un indigène et se trouvait dirigée contre un citoyen français, la loi française devrait être appliquée dans toute sa rigueur, le réclamant se présentant alors comme français et se soumettant par là même au droit français.

Adoption. — Supposons qu'un citoyen français adopte un indigène musulman, quelle sera après l'adoption la condition juridique de l'adopté, quel statut suivra-t-il ?

L'adoption ne rompt pas les liens de parenté qui unissent l'adopté à sa famille primitive. L'adopté conserve en effet tous les droits qui découlent de cette parenté, et il y ajoute tous ceux qui résultent de la parenté artificielle créée par l'adoption.

Or, parmi les droits qu'engendre la parenté naturelle, figure incontestablement le droit pour l'enfant de suivre la condition de son père. Ce droit, l'adoption ne le détruit pas, donc l'adopté garde sa condition et son statut d'origine.

D'ailleurs, un motif d'ordre public appuie cette solution. Si l'adoption conférerait à l'adopté la condition de l'adoptant, cela ne reviendrait-il pas à naturaliser un indigène sans les formalités prescrites pour obtenir la naturalisation ? L'enquête, notamment, qui doit établir la moralité du nouveau citoyen avant son admission dans l'Etat, serait esquivée.

L'indigène adopté par un citoyen français et désireux d'entrer dans la condition de citoyen devra prendre la voie régulière et normale de la naturalisation.

S'il s'abstient, on pourrait tout au plus soutenir que l'adopté sera soumis aux lois civiles de la France, mais sans acquérir les droits propres du citoyen.

Transmission testamentaire. — Entre individus de statuts différents, la transmission par testament est régie par la loi française. L'art. 1^{er} de la loi de 1873 disposant que la transmission contractuelle en Algérie, est soumise à la loi française, laisse subsister, pour la transmission non contractuelle, le droit antérieur qui est contenu dans l'art. 16 de la loi de 1851. Or, il y a harmonie entre la disposition de la loi de 1851 relative à la transmission non contractuelle et la disposition de la loi de 1873 relative à la transmission contractuelle. Il est certain, et cela ne peut être contesté, qu'entre individus de statuts opposés toute transmission doit être régie par la loi française, notamment en ce qui concerne la capacité de l'institué testamentaire.

Mais, en décidant que la capacité de recevoir par testament ou donation en matière d'hérédité musulmane se détermine par la loi française, lorsqu'un européen est intéressé dans l'hérédité en qualité de créancier du donataire ou légataire, la Cour d'Alger (Arrêt d'Alger, 6 juin 1864, Robe, 1864, p, 98) semble avoir oublié que l'état et la capacité des musulmans sont toujours régis par la loi musulmane et ne peuvent changer selon les événements et les circonstances, dût un intérêt européen en souffrir. Un indigène musulman reste soumis au statut personnel musulman et à la loi d'hérédité musulmane, alors même qu'il a un créancier français.

Nous voici arrivé au terme de cette étude, il est temps de conclure. L'idée générale qui se dégage de l'examen de la législation et de la jurisprudence algériennes est la suivante.

La coexistence en Algérie d'une législation indigène personnelle à côté de la législation souveraine et territoriale de la métropole constitue une anomalie destinée à disparaître.

L'antagonisme de ces législations ira s'atténuant progressivement jusqu'au jour où, la race des vainqueurs ayant absorbé la race des vaincus, il s'effacera complètement. Il ne peut être durable comme celui qui éclate entre les législations indépendantes de deux Etats également libres et souverains.

Les conflits coloniaux, internes, résultent d'une situation transitoire et passagère ; les conflits internationaux sont la conséquence de situations définitives.

L'unité législative de l'Algérie n'est pas un rêve, c'est seulement une conquête morale, pacifique, aussi périlleuse à réaliser que la conquête territoriale, mais plus délicate, et surtout plus longue.

Les efforts du législateur français sont récompensés chaque jour par de nouveaux progrès, la jurisprudence algérienne lui prépare heureusement les voies et affermit ses succès par une application ferme et adroite des principes qu'il proclame.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION.....	1
DIVISION.....	9

Titre I. — Conflit de la loi territoriale avec les lois personnelles.

CHAPITRE I.

Progrès réalisés par la loi territoriale française sur les lois personnelles indigènes et par les juridictions françaises sur les juridictions indigènes.....	13
SECTION I. § 1. Régime pénal.....	14
§ 2. Matières d'ordre public.....	21
SECTION II. — Régime législatif des personnes. Questions d'é- tat et rapports de famille. Application des lois personnelles.	27
SECTION III. — Lois qui concernent les biens.....	68
SECTION IV. — Les contrats.....	113
SECTION V. — Organisation judiciaire. Questions de compé- tence et de procédure.....	128

CHAPITRE II.

De l'option offerte aux indigènes	162
SECTION I. — Option de juridiction.....	163
SECTION II. — Option de législation.....	169

CHAPITRE III.

Naturalisation des indigènes algériens.....	187
---	-----

Titre II. — Conflit des lois personnelles entre elles.....

215

POSITIONS

Droit Romain

Positions prises dans le corps de la thèse.

1^o Dans une donation à cause de mort, on peut renoncer au droit de révoquer *ad nutum*, sans changer le caractère de la donation (p. 50 *in fine*).

2^o Lorsqu'un donateur renonce dans une libéralité à cause de mort à son droit de révocation *ad nutum*, la libéralité ne doit plus être assimilée à un legs (p. 60).

3^o La donation entre vifs affectée d'une cause de révocabilité *ad nutum* ne se transforme pas en donation à cause de mort (p. 64).

4^o La donation faite à une personne sous la condition de sa survie à un tiers est une donation à cause de mort (p.70).

Positions prises hors de la thèse.

1^o Le constructeur de bonne foi qui a fait sur le fonds d'autrui des dépenses utiles n'a ni la *condictio*, ni l'action *negotiorum gestorum* pour répéter le montant de la valeur dont le propriétaire est enrichi.

2° Dans le droit de Justinien, le cours de l'usucapion ou de la prescription acquisitive est interrompu par l'introduction de l'action en revendication.

3° Les *correi promittendi* qui se sont obligés sans société jouissent du bénéfice de cession d'actions.

4° Les exceptions ne sont pas toutes implicitement contenues dans celle de dol.

Droit Français

Positions prises dans le corps de la thèse.

1° Le mineur français ayant pour tuteur un indigène musulman, n'a pas hypothèque légale sur les biens de ce tuteur (p. 108).

2° Les indigènes ont toujours eu le droit d'opter en faveur de la loi française à l'occasion d'un acte juridique (p. 171).

3° Avant le décret du 24 octobre 1870, le mariage de deux indigènes israélites, devant l'officier d'état civil français, impliquait de leur part option en faveur de la loi française (p. 179).

4° La naturalisation de l'indigène musulman au cours de son mariage, entraîne la soumission de sa femme légitime et de ses enfants mineurs aux lois de la France (p. 198).

Positions prises hors de la thèse.

1° La loi applicable au règlement de la succession mobilière de l'étranger est la loi nationale du *de cuius*.

2° Le mariage putatif opère la légitimation des enfants naturels nés aux époux avant leur mariage.

3° Lorsque la preuve d'un mariage a été détruite par suite d'un fait délictueux, le jugement rendu au criminel, qui la rétablit peut être invoqué par tous les intéressés et contre toute personne.

4° La prime attachée à certaines obligations financières appartient, quand celles-ci sont grevées d'un droit d'usufruit, au propriétaire pour la nue propriété et à l'usufruitier pour la jouissance.

Droit Pénal

1° La prescription commence à courir du jour même du délit, mais la durée de ce jour ne doit pas être comprise dans le délai marqué pour prescrire.

2° Le ministère public est tenu de donner suite aux plaintes qui lui sont portées si le plaignant se constitue partie civile.

Droit international

1° Un Français peut faire valablement une donation sous seing privé dans les pays où la législation n'exige pas un acte instrumentaire public, alors même qu'il s'agit d'un immeuble situé en France.

2° La prescription libératoire extinctive des obligations est réglée par la loi de l'action qui sanctionne l'obligation.

VU :

Par le président de la thèse,
J.-E. LABBÉ.

VU :

Par le doyen de la Faculté,
COLMET DE SANTERRE.

VU ET PERMIS D'IMPRIMER :

Le vice-recteur de l'Académie de Paris,
GRÉARD

Laval. — Imprimerie et Stéréotypie E, JAMIN, 41, rue de la Paix.
